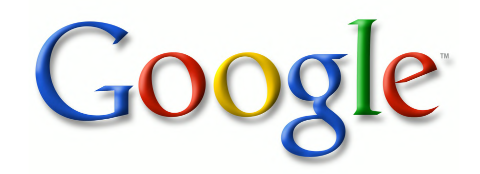


This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

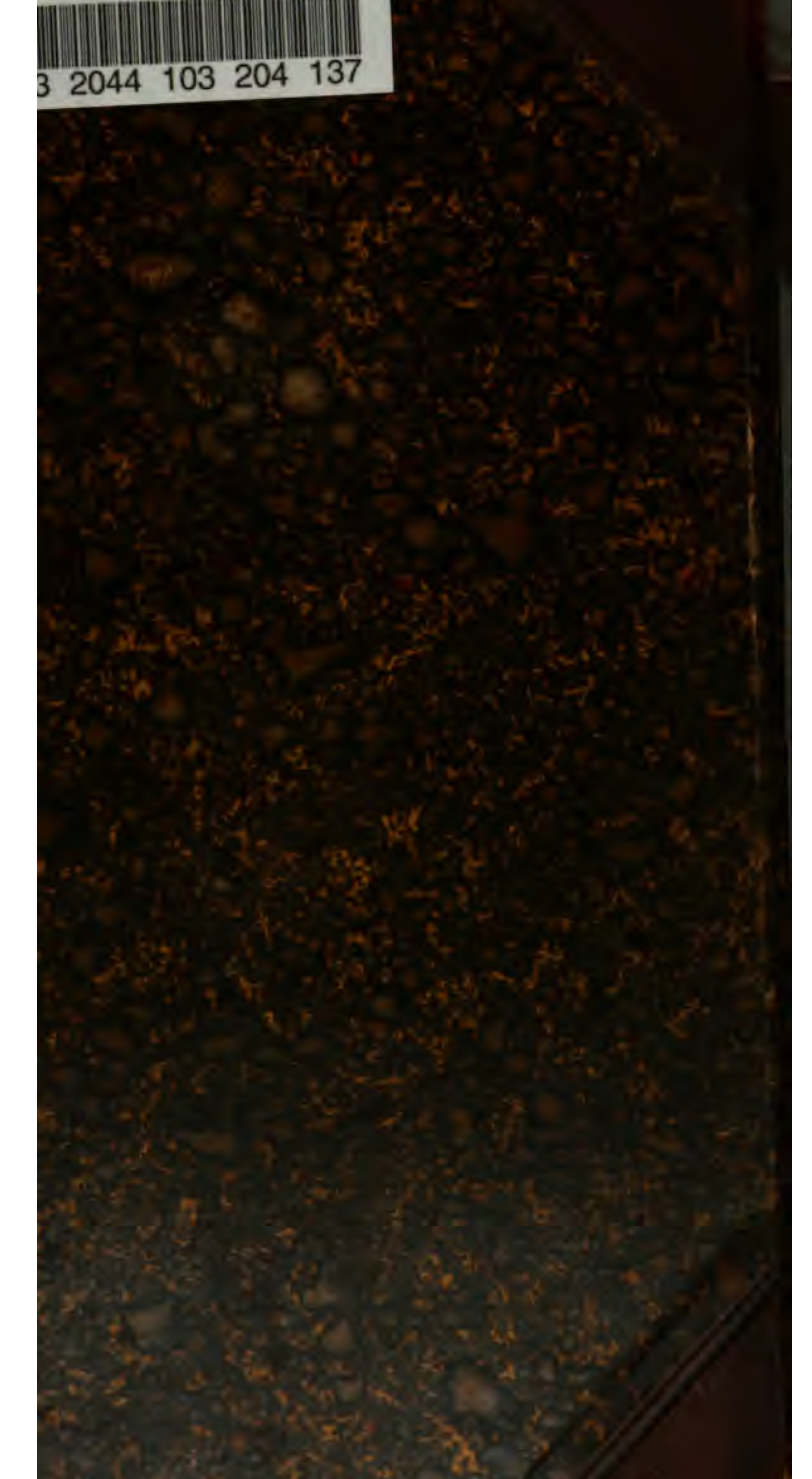
Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

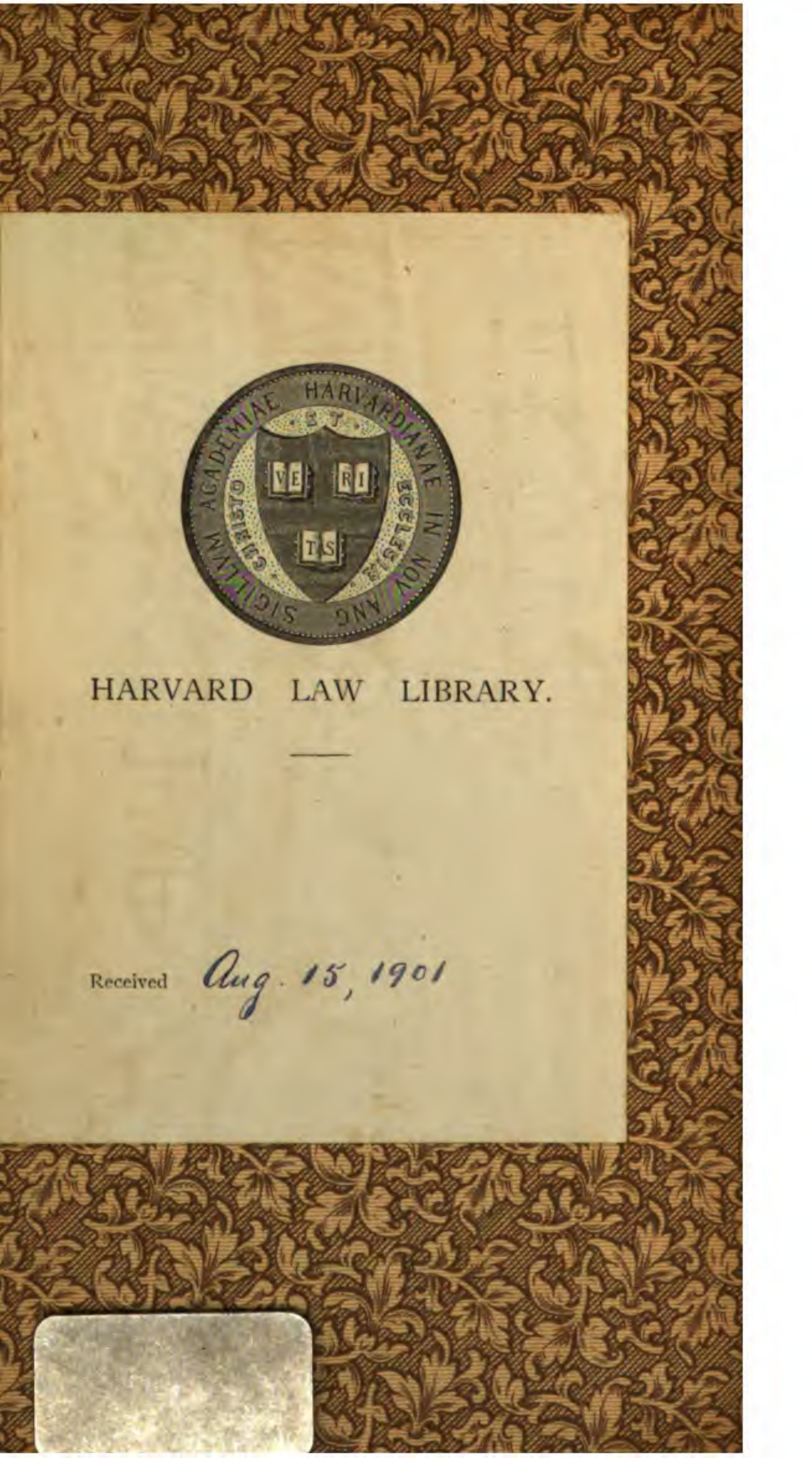
We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at http://books.google.com/


3 2044 103 204 137



HARVARD LAW LIBRARY.

Received Aug. 15, 1901



Theorie und Casuistik

des

gemeinen Civilrechts.

Ein

Handbuch für Praktiker

verfaßt von

Rudolph Freiherrn von Holzschuher,

Doctor der Rechte und vormals Reichsstadt Nürnbergischem Rathsconsulenten,
Ritter des Königlich Bayerischen Verdienstordens vom heiligen Michael.

Erster Band.

Dritte neu vermehrte und verbesserte Auflage,

nach dem Tode des Verfassers besorgt

von

Dr. Johannes Emil Kuntze,

a. o. Professor der Rechte in Leipzig.

B.O. BÄRWINKEL
RECHTSANWALT
ARNSTADT.

Leipzig,
Baumgärtner's Buchhandlung.
1863.

Rec. Aug. 15, 1901

Dr. Rudolph Freiherr von Holzschuher,

Theorie und Casuistik

des

gemeinen Civilrechts.

Vorwort

des Verfassers zur zweiten Auflage.

Nachdem die aus vieljähriger Praxis vom Verfasser geschöpfte Ueberzeugung, daß ein Werk, wie das vorliegende, für Jeden, dem die Anwendung der Gesetze zum Beruf geworden ist, ein unabweisliches Bedürfniß sey, durch den baldigen Absatz der ersten Auflage und durch die darüber in kritischen Blättern gefällten Urtheile zur Gewißheit geworden ist, mußte der Verf. es sich zur ernstesten Aufgabe machen, sein hier und da mit beschränkteren Mitteln unternommenes Werk zur möglichsten Vollkommenheit zu erheben.

Nächst einfacherer und überschaulicherer Anordnung des Stoffes hält er sein Bemühen vorzüglich dadurch für gelungen, daß er alle erschienenen Recensionen der ersten Auflage gewissenhaft beachtet und die neuere Literatur, welche übrigens seit der ersten Auflage einen sehr beträchtlichen Zuwachs erlangt hat, auf das sorgfältigste benützt, hiernächst auch durch die seitdem erschienenen Sammlungen von Judicaten der Obergerichtshöfe ein weiteres Mittel gefunden hat, den gegenwärtigen Stand der Jurisprudenz zur lebendigen Anschauung zu bringen.

Mit getrostem Muthe übergibt daher der Verf. sein Werk allen Praktikern, welche in dem weiten Felde der Meinungen nach Wahrheit und Ueberzeugung streben, und sich nicht mit ein paar Lehrbüchern begnügen, die ihnen nur das jurare in verba magistri übrig lassen, vielmehr nur in einer solchen Zubereitung des so mannichfaltig behandelten und beurtheilten Stoffes Befriedigung finden, welche ihnen das eigene Urtheil möglich macht, oder auch sie zu weiterer Forschung anreizen kann.

Nach seiner gegenwärtigen Anlage besteht nun das Werk aus drei in kurzer Zeit nach einander folgenden Bänden. Davon enthält der

I. Band, nächst einer Einleitung,
1) den allgemeinen Theil,
2) die Rechte der Persönlichkeit und zwar
Recht der Ehre,
Rechte, welche aus Verletzung der jungfräulichen Integrität entstehen,
Ehe- und Familienverhältnisse,
Vormundschaftsrecht,
Gesinderecht.

II. Band:
1) Besitz und Sachenrecht, namentlich
a) Besitz,
b) Eigenthum,
c) Servituten,
d) Emphyteuse und Superficies,
e) Pfandrecht.
2) Erbrecht, und was damit verwandt ist.

III. Band:
Das Obligationenrecht.

Das Ganze, welchem ein vollständiges Register folgen wird, soll ein speculum juris seyn, welches den gegenwärtigen Stand der Rechtswissenschaft im ganzen Umfang des bürgerlichen Rechts möglichst vollständig vor Augen stellt, und für die Rechtsanwendung dasjenige leistet, was Lehrbücher nur für die Kenntniß der aus grauer Vorzeit uns überlieferten Gesetze leisten können, deren richtige Uebung doch noch so überaus viele literarische Hilfsmittel nöthig macht, welche der Verf. hier zu concentriren sich bemüht hat. In wie weit ihm seine Aufgabe gelungen sey, möge der billigen Beurtheilung des Lesers anheimgestellt seyn.

Nürnberg im April 1856.

Vorwort

des Herausgebers der dritten Auflage.

Von der Verlagshandlung, im Einverständniß mit des Verfassers Erben, zur Besorgung der neuen Auflage aufgefordert, erhielt ich zwar völlig freie Hand, erachtete mich jedoch dem Publikum der Praktiker gegenüber, welche sich in das Buch hineingelebt haben, nicht für befugt, wesentliche Aenderungen an demselben vorzunehmen. Ich lasse demgemäß das System des Werkes in seinen Haupt- und Unterabtheilungen, sowie die einzelnen Ausführungen unverändert, auch wo ich selbst theilweise oder ganz abweichender Ansicht bin.

In Betreff der äußeren Gestalt habe ich mir die Aenderung erlaubt, daß ich eine durch alle drei Bände fortlaufende Paragraphenzählung eingeführt habe, indem ich dadurch das Citiren und Nachschlagen des Werkes zu erleichtern hoffe. Demselben Zwecke soll die Spezialisirung der Columnenüberschriften dienen.

Meine berichtigende Thätigkeit habe ich auf Einzelheiten beschränkt, nämlich auf solche Fälle, wo mißverständliche Wendungen oder sprachliche Unebenheiten (z. B. „verzichtetes Recht", „umgewandt" statt umgekehrt, „Völkerrecht" statt jus gentium) oder unzweifelhafte Ungenauigkeiten (z. B. die donatio sei nach R. R. als pactum nudum nicht klagbar gewesen, was doch nur vom vorjustin. R. gesagt werden kann) sich eingeschlichen hatten. Außerdem bin ich beflissen gewesen, die ziemlich zahlreichen Fehler in den Quellen und Literaturcitaten zu verbessern, wobei ich, was die ersteren anlangt, durch einige fremde Vorarbeiten, welche der Verlagshandlung zu Gebote gestellt waren, unterstützt ward.

Ebenso hält meine ergänzende Thätigkeit sehr bestimmte Grenzen ein, indem ich hauptsächlich nur die neueren, d. h. seit dem Erscheinen der vorigen Auflage sowohl in selbständigen Werken

als in Zeitschriften veröffentlichten Arbeiten berücksichtige. Innerhalb dieser Grenzen, und unter Festhaltung an der vorzugsweise praktischen Aufgabe des Werkes, habe ich Vollständigkeit erstrebt, das neue Material aber, so weit thunlich, unter die vom Verfasser herrührenden Fragnummern eingefügt. Die Präjudizienliteratur anlangend, so habe ich besonders das Seuffert'sche Archiv f. Entscheid. der obersten Gerichte, und zwar in umfassenderer Weise, als dies vom Verfasser selbst geschehen, benutzt.

Eine zeitraubende Mühe war es, die Citate aller inmittels neu aufgelegten Bücher nach deren neuesten Auflagen abzuändern; doch meinte ich, dies nicht unterlassen zu dürfen.

Der Verfasser hat sich mit seinem verdienstlichen Werke der Schule der s. g. Praktiker, welche in Glück, Schweppe, Seuffert und Heimbach sen. (in Weiske's Rechtslexikon) ihre letzten Vertreter gefunden, angereiht, und kann mithin gewissermaaßen als ein Ausläufer des usus modernus betrachtet werden. Die Vermittelung zwischen dieser Richtung und der streng civilistischen wird von v. Vangerow und Sintenis gebildet, welchen neuerdings Brinz und Windscheid sich beigesellen zu wollen scheinen. Jene sind daher aus der neueren Literatur vom Verfasser vorwiegend berücksichtigt; ich bin ihm auf dieser Spur gefolgt und habe auch manches neue Citat aus den genannten Schriftstellern hinzugefügt.

Ich bin aber in der Literaturberücksichtigung noch weiter gegangen, indem ich die neueren germanistischen Arbeiten, namentlich die Lehrbücher von Walter, Beseler, v. Gerber und Bluntschli häufiger, als dies vom Verfasser geschehen, herangezogen und benutzt habe; denn zwar hat der Verfasser seinem Werke den insgemein enger verstandenen Titel „Civilrecht" gegeben, allein er selbst bezeichnet dessen Aufgabe im Vorwort als eine weitere, nämlich dahin, daß das Ganze ein speculum juris seyn solle, welches den gegenwärtigen Stand der Wissenschaft im ganzen Umfange des bürgerlichen Rechts möglichst vollständig vor Augen stelle. Die Scheidung unsres Privatrechts in römisches

und deutsches hat heutzutage kaum noch eine theoretische, jedenfalls nicht eine praktische Berechtigung, und nachdem nunmehr das Handelsrecht sich legislativ aus dem bürgerlichen (Land- oder Civil-) Recht ausgeschieden hat, sind die Tage des „deutschen Privatrechts" als besonderer Disciplin gezählt. Ich meine daher, daß die völlige Aufnahme der germanistischen Literatur in diesen modernen Rechtsspiegel keine Abweichung von dessen Grundlagen enthält. Die Schranken dieser Aufnahme sind durch den Verfasser selbst im Abschnitte über das eheliche Güterrecht dahin bestimmt worden, daß alles bloß Provinzielle ausgeschlossen bleiben solle; diese Schranken sind auch von mir beachtet.

Dagegen erlaube ich mir nach Einer Seite hin auch eine sichtende Thätigkeit: der einzigen Seite, wo ich tiefer in die Anlage des Werkes eingreife. Der Beweggrund dazu hängt eng mit der, so eben angedeuteten, legislativen Ausscheidung des Handelsrechts zusammen, womit ich das vorliegende Werk in Einklang bringen wollte; zu jener Vollbenutzung des deutschen Privatrechts bildet die Aussonderung des kaufmännischen Privatrechts gleichsam nur die Kehrseite. Die handelsrechtlichen Ausführungen, welche vom Verfasser namentlich im 3. Bande eingestreut sind, haben jetzt infolge der Verkündigungen des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs fast durchgängig ihren praktischen Werth verloren; ich hatte nur die Wahl, sie völlig umzuarbeiten, m. a. W., das ganze Handelsgesetzbuch in das Werk hineinzuarbeiten, oder aber das Handelsrecht geradezu auszumerzen. Zu jenem konnte ich mich nicht entschließen, weil dadurch das Werk aus einem fremden Geist wesentlich modifizirt worden wäre, weil die durch eine solche Einfügung nothwendig bedingte Zerstreuung des Materials für den Praktiker unbequem seyn würde, und endlich weil das H.-G.-B. noch so neu und die Literatur darüber erst im Aufsprießen ist. Der Praktiker ist es durch die deutsche Wechselordnung schon gewohnt geworden, die handelsrechtliche Literatur getrennt vor sich zu haben. Ich beschränke mich daher (dies gilt vorzugsweise vom 3. Bande) darauf, handelsrechtliche Sätze da kurz zu berühren, wo

solche besonders geeignet scheinen, als Folie für das Civilrecht zu dienen.

Die äußere Signatur meiner dem Werke gewidmeten Thätigkeit anlangend, so sind bloße Veränderungen und Hinzufügungen von Literaturcitaten gewöhnlich nicht markirt, dagegen nie versäumt worden, meine Zusätze in Text und Noten mittels deutlicher Klammerzeichen ([...]) als nicht vom Verfasser selbst herrührende Ausführungen zu unterscheiden.

Allgemeine Uebersicht des ersten Bandes.

Einleitung.

II. Theil. Rechte der Persönlichkeit in bestimmten Beziehungen.

Einleitung.

Vorbegriffe und rationelle Grundlagen des Rechts.

§. 1.

1) Was versteht man unter Staat? und
2) unter Gesetz im Allgemeinen?
3) Wie unterscheiden sich insbesondere Freiheitsgesetze von Naturgesetzen?
4) Was wird unter der besondern Art der Freiheitsgesetze, welche man unter der Benennung Rechtsgesetz begreift, verstanden?
5) Was versteht man unter dem Recht
   a) im subjectiven und
   b) im objectiven Sinn?
6) Was ist die Verbindlichkeit und wie wird sie eingetheilt?
7) Worin liegt der Begriff von Gerechtigkeit?
8) Worin besteht die Rechtswissenschaft?
9) Wie wird das Recht eingetheilt, je nach seiner Beziehung auf den Staat, Staaten, oder die Einzelnen unter sich?
10) Was wird unter dem öffentlichen Recht verstanden und darunter begriffen? was
11) insonderheit unter Staatsrecht?
12) Völkerrecht?
13) Privatrecht?
14) In wie fern kann die Moral oder das Sittengesetz auf das geltende Recht Einfluß üben und hat ihn beispielsweise geübt?
15) Was versteht man unter Naturrecht? und in wie fern wirkt es auf die bürgerlichen Verhältnisse?
16) Was versteht man unter Billigkeit und in welchen Beziehungen erscheint sie auf dem Rechtsgebiet?
17) Wie entstand sie vornämlich und ursprünglich in der römischen Rechtspflege?

Einleitung.

Vorbegriffe und rationelle Grundlagen des Rechts.

§. 1.

1) Was versteht man unter Staat? und
2) unter Gesetz im Allgemeinen?
3) Wie unterscheiden sich insbesondere Freiheitsgesetze von Naturgesetzen?
4) Was wird unter der besondern Art der Freiheitsgesetze, welche man unter der Benennung Rechtsgesetz begreift, verstanden?
5) Was versteht man unter dem Recht
   a) im subjectiven und
   b) im objectiven Sinn?
6) Was ist die Verbindlichkeit und wie wird sie eingetheilt?
7) Worin liegt der Begriff von Gerechtigkeit?
8) Worin besteht die Rechtswissenschaft?
9) Wie wird das Recht eingetheilt, je nach seiner Beziehung auf den Staat, Staaten, oder die Einzelnen unter sich?
10) Was wird unter dem öffentlichen Recht verstanden und darunter begriffen? was
11) insonderheit unter Staatsrecht?
12) Völkerrecht?
13) Privatrecht?
14) In wie fern kann die Moral oder das Sittengesetz auf das geltende Recht Einfluß üben und hat ihn beispielsweise geübt?
15) Was versteht man unter Naturrecht? und in wie fern wirkt es auf die bürgerlichen Verhältnisse?
16) Was versteht man unter Billigkeit und in welchen Beziehungen erscheint sie auf dem Rechtsgebiet?
17) Wie entstand sie vornämlich und ursprünglich in der römischen Rechtspflege?

18) Welcher Einfluß wird ihr heut zu Tage in der Rechtspflege eingeräumt?

19) Wie war bei den Römern der Begriff von jus gentium gebildet?

20) Auf welcherlei Art ist das positive Recht entstanden?

Zu 1) Der Staat, oder wie v. Savigny im System des heutigen R. R. Bd. I. S. 22 sagt, die leibliche Gestalt der geistigen Volksgemeinschaft ist die gesellschaftliche Verbindung der Einzelnen, um mit gemeinsamer Kraft die Hindernisse zu überwinden, welche im Naturstand die Geltendmachung der Urrechte, sowie die höchstmögliche Entwickelung und Realisirung der menschlichen Natur unmöglich machen würden. [Held, System des Verfassungsrechts, I. Theil, 1856. S. 3. definirt den Staat als „das vernunft- oder naturnothwendige, souveräne, ewige Gemeinwesen." — Wir brauchen das Wort „Staat" in einem dreifachen Sinne: 1) im weitesten Sinne umfaßt es das Gebiet des Rechts; das Recht ist die Ordnung des menschlichen Willens, und der Staat die Anstalt des Rechts, d. h. die Gesammtheit der zur Verwirklichung und Schützung des Rechts dienenden Einrichtungen. Diesen Sinn hat das Wort, wenn der Staat neben der Kirche oder ihr gegenüber genannt wird; 2) im engeren Sinne bedeutet das Wort das Gebiet des genossenschaftlichen oder öffentlichen Rechtslebens (jus publicum) im Gegensatz des privatrechtlichen Lebenskreises (jus privatum): diesen Sinn hat das Wort, wenn der Staat (Staatsrecht) der Privatsphäre (Privatrecht) gegenübergestellt wird; 3) im engsten Sinne, welcher in der modernen Ausdrucksweise vorwiegt, bedeutet das Wort nur die Sphäre der souveränen Centralgewalt im Gegensatz zu allen untergeordneten Genossenschafts- und Privatkreisen und namentlich auch zu der Gemeindesphäre: diesen Sinn hat das Wort, wenn z. B. von der Grenzlinie zwischen Staat und Gemeinde, von der selbständigen Aufgabe und Berechtigung der Gemeinde neben dem Staat geredet wird.]

Zu 2) Gesetz ist eine allgemeine und mit dem Charakter der Nothwendigkeit wirkende Regel, wodurch die Wirksamkeit gewisser Kräfte bestimmt ist. Lex est ratio profecta a natura rerum.

Zu 3) Indem das physische oder Naturgesetz seinen Grund in einer Naturnothwendigkeit, dagegen das moralische [oder ethische] oder Freiheitsgesetz in einer Vernunftnothwendigkeit hat, so besteht der Unterschied beider darin, daß dem Ersteren nichts entgegen geschehen kann, dem Letzteren nicht darf.

Zu 4) Unter den Rechtsgesetzen insonderheit werden alle im staatsbürgerlichen Leben erzwingbare Rechte und Verbindlichkeiten begriffen. Sie enthalten daher die aus der Natur der Socialverhältnisse entspringenden Regeln über gegenseitige Beschränkung der Willkür. [Das Recht enthält nicht bloß erzwingbare Rechte, ist auch nicht absolut durch ein Gesellschaftsleben bedingt, und ist seinem innersten Wesen nach nicht oder nicht bloß eine Willkürbeschränkung, denn es gibt mannichfache dem Zwang sich entziehende Rechte, das Gesellschaftsleben ist nicht die Grundlage, sondern nur eine Complication des Rechtswesens, und an sich ist das Recht eine Gewähr und Bewährung des freien (vernünftigen) Willens, nur secundär auch eine Schranke des ausartenden Willens: daher das Rechtsleben nicht mit prohibitiven, sondern mit dispositiven Gesetzen beginnt (proximus agnatus familiam habeto! uti legassit, ita jus esto! Sodalibus potestatem facit lex XII. tab. pactionem quam velint sibi ferre!) Wir können daher Rechtsgesetze definiren als diejenigen Normen oder Vorschriften, durch welche das menschliche Einzel- und Gemeinwesen in seinen Willensbeziehungen (der Kreis des menschlichen Handelns) bestimmt, d. h. einerseits gesichert und anderseits beschränkt wird.]

Zu 5) Das Recht hat zwei Seiten, welche nicht getrennt werden können; die Eine besteht in der zur allgemeinen Norm erhobenen Ueberzeugung von dem, was Recht ist, die andere in der Geltendmachung dieser Ueberzeugung. Im ersteren Sinn spricht man vom Recht (quid juris), im letzteren von Gerechtsamen oder Rechten. Im objectiven Sinn bezeichnet demnach das Hauptwort Recht die Regeln, durch welche die Grenzen der äußeren Freiheit der Menschen in ihren gegenseitigen Verhältnissen bestimmt werden; im subjectiven Sinn das den Regeln dieser Art entsprechende Vermögen zu äußeren Handlungen. Beide Bedeutungen sind daher correlate Begriffe. [Vergl. Puchta, Curs. d. Institut. Bd. I. §. 6.]

Zu 6) Unter Verbindlichkeit wird die Unterwürfigkeit unter die gesetzlichen Vorschriften verstanden, welche ein Handeln oder Unterlassen zur Nothwendigkeit machen. Recht und Verbindlichkeit sind daher das Product des Gesetzes, jenes positiv, dieses negativ auf die Freiheit angewandt. Die gewöhnliche Eintheilung der Verbindlichkeiten beruht auf dem Unterschied zwischen vollkommenen und unvollkommenen oder positiven und natürlichen, d. i. erzwingbaren oder nicht erzwingbaren. [Verbindlichkeit in diesem allgemeinen, der Rechtsbefugniß correlaten Sinne heißt bei den Römern weder officium, noch obligatio, sondern necessitas, vergl. l. 17. §. 3. D. 13. 6. — l. 4.

D. 2. 8. — l. 42. D. 2. 14. — l. 3. §. 10. D. 3. 5. — l. 6. pr. D. 13. 7. — l. 33. §. 5. D. 3. 3. —]

Zu 7) In der Uebereinstimmung der menschlichen Willensäußerungen mit dem Gesetze. pr. J. 1. 1. [Cicero de invent. 2, 53: „habitus animi, communi utilitate conservata, suam cuique tribuens dignitatem,“ und de finib. 5, 23: „animi affectio suum cuique tribuens atque societatem conjunctionis humanae omnem munifice et aeque tuens.“]

Zu 8) In der Wissenschaft der Rechtsnormen nach ihrer Bedeutung, ihren Gründen und Quellen. Vergl. §. 2. J. 1. 1. — l. 7. pr. D. 1. 1.

Zu 9) Nach seinen Hauptbeziehungen ist das Recht entweder öffentliches — insonderheit Staatsrecht, Völkerrecht — oder Privatrecht. [Das Familienrecht wird von den Römern und unseren Romanisten zum Privatrecht gerechnet, gehört aber vom Standpunkte deutscher Rechtsanschauung aus betrachtet weder zum öffentlichen, noch zum Privatrecht, sondern ist die Indifferenz beider, und die geschichtliche Grundlage sowohl des öffentlichen als des Privatrechts.]

Zu 10) Das öffentliche Recht — tanquam spectans ad omnia circa bene esse civitatis — bestimmt den Umfang der rechtlichen Interessen des gemeinen Wesens nach außen und innen, es enthält die Rechtssätze über die Verbindung des Ganzen und die Anstalten, bei welchen nicht blos auf Einzelne gesehen wird. §. 4. J. 1. 1. Zweige desselben sind Staats- und Völkerrecht, Proceß-, Criminal-, Cameral- und Polizei-Recht. [Neben dem Staatsrecht im engeren Sinne — vergl. oben zu 1) — sind das Gemeinderecht und Provinzialrecht zu nennen. Richtiger ist es wohl, das Criminal- und das Proceßrecht gar nicht als Glieder dieses Eintheilungssystems zu betrachten, sondern als ein abgesondertes System (System des Rechts im Falle der Rechtsstörung) neben das System des normalen Rechtslebens zu stellen.] Das Kirchenrecht pflegt man gewöhnlich auch hieher zu rechnen, erkennt aber zugleich an, daß dasselbe in mehrerer Beziehung dem Privatrecht angehöre. v. Savigny im System des heutigen Römischen Rechts Bd. I. S. 28. will das Kirchenrecht als ein für sich bestehendes weder dem öffentlichen, noch dem Privatrecht unterzuordnendes Rechtsgebiet betrachten, indem die christliche Kirche nur als neben dem Staate, aber mit ihm in mannichfaltiger und inniger Berührung stehend erscheint.

Zu 11) Staatsrecht ist der Inbegriff derjenigen Gesetze, welche sich auf die Verfassung und Regierung des Staats, also auf das Verhältniß der höchsten Gewalt [M. a. W. der souveränen Central-

gewalt — s. oben zu 1) —] zu den Staatsbürgern oder Unterthanen beziehen.

Zu 12) Das Völkerrecht bestimmt das Verhältniß der Staaten gegen Staaten. [Es wurzelt in der übereinstimmenden Ueberzeugung der civilisirten Nationen, beruht auf der wechselseitigen Anerkennung der Staaten als freier und souveräner Potenzen, entzieht sich den gewöhnlichen Zwangsmitteln und zielt auf die Gestaltung eines dehnbaren familienähnlichen Staatenbundes.]

Zu 13) Das Privatrecht, jus civile im engern Sinn, begreift diejenigen Rechtswahrheiten, welche sich auf die Rechtsverhältnisse der Unterthanen unter sich als Einzelne beziehen, oder die Grundsätze, nach welchen ein Staat Rechte seiner Mitglieder über äußere Gegenstände anerkennt und schützt.

Zu 14) Aus dem Unterschied zwischen Rechts- und Sittengesetz, welcher darin besteht, daß dieses nicht wie jenes die äußeren und erzwingbaren Handlungen zum Gegenstand hat, sondern die innere Handlung und die Gesinnung betrifft, ohne eine Nöthigung von Außen anwendbar zu machen, ergibt sich von selbst, daß die Moral auf die Rechtspflege keinen unmittelbaren Einfluß ausüben, sondern nur allenfalls mittelbar wirken kann, wie man sie auch in den [von Ulpian in l. 10. §. 1. D. 1. 1. mitgetheilten] juris praeceptis: honeste vive, neminem laede, suum cuique tribue findet. Man erkennt diesen Einfluß im R. R. unter andern darin, daß mit unmoralischen Handlungen eine Art Infamie verbunden wurde; daß die condictio indebiti da wegfällt, wo man moralisch aufgefordert war, zu geben; daß keine Anordnungen gegen Pflichten der Moral und gegen Anstand und Schicklichkeit gelten; l. 26. l. 35. §. 1. D. de V. O. — l. 112. §. 3. D. de leg. I. — l. 6. C. 2. 3, daß einer naturalis obligatio ad remunerанda beneficia gedacht wird; l. 25. §. 11. D. 5. 3. — l. 27. l. 34. §. 1. D. 39. 5. — l. 54. §. 1. D. 47. 2. — u. dergl.

Zu 15) Unter Naturrecht ist eigentlich das Vernunftrecht zu verstehen, vel quod ex ipsis rerum ideis profluit. — Natura juris explicanda est nobis eaque ab hominis repetenda natura. Cicero de leg. I. 5. cf. Cicero pro Milone cap. 4. Est haec non scripta, sed nata lex, quam non didicimus, accepimus, legimus, verum ex natura ipsa arripuimus, hausimus, expressimus, ad quam non docti sed facti, non instituti sed imbuti sumus. Das Naturrecht kann jedoch nur in so weit wirken, als das positive Gesetz nichts oder nichts anderes bestimmt hat.

Zu 16) Der Begriff von Billigkeit kommt auf dem Rechtsgebiet

in dreifacher Beziehung in Betracht: 1) in Bezug auf das positive Recht selbst, als eine Eigenschaft desselben s. l. 85. D. 50. 17. — l. 14. pr. D. 44. 3. — 2) in Bezug auf die Rechtspflege [l. 90. 168. 183. D. 50. 17.] und 3) in Bezug auf die Ausübung des Rechts im subjectiven Sinn. [l. 38. i. f. D. 6. 1. — l. 9. D. 8. 1. — l. 13. §. 1. D. 8. 4. —]. Insofern nun die Billigkeit einem positiven Recht beigelegt wird, besteht sie theils in den, den Vernunftideen von Würdigkeit entsprechenden Bestimmungen der rechtlichen Folgen von Handlungen, theils in der den Regeln der natürlichen Gerechtigkeit angemessenen gleichen Behandlung gleicher Verhältnisse, theils in der Beschränkung der bei der, Erwerbung, Ausübung und Geltendmachung von Rechten und der Erfüllung von Rechtspflichten möglichen Mißbräuche und Chikanen *) und in der steten Berücksichtigung dessen, was Rechtschaffenheit, Treue und Glauben (bona fides) unter den Menschen fordert, theils endlich in der Milderung der Strenge des Rechts in Fällen, wo es den besondern Verhältnissen und dem Bedürfnisse angemessen ist. In allen diesen Fällen äußert sich die Billigkeit auch bei der Handhabung des Rechts oder der Rechtspflege; doch kommt hier noch eine neue Function der Billigkeit hinzu, nämlich: die Lücken des bestehenden Rechts im Geiste desselben und mit Berücksichtigung der Zeitumstände und des Bedürfnisses bei vorkommenden Fällen zu ergänzen und darnach Recht zu sprechen; endlich in Bezug auf die Ausübung der Rechte besteht die Billigkeit in der Beschränkung des Gebrauchs der Rechte durch die Rücksicht auf ethische Pflichten. (Milde, Schonung und Menschenliebe.) Im Richteramte ist die Billigkeit Leiterin in richtiger Auslegung und Anwendung der Gesetze. Jus est, quod scripto comprehensum est, quasi jussum dicas, aequitas est id, quod ex scripto sensisse et voluisse legem intelligitur. Donellus Comm. Vol. XV. pag. 76. Belehrende Beispiele hievon enthält: l. 14. C. 2. 13. — l. 25. D. 1. 3. — l. 6. C. 1. 14. — l. 3. §. 4. D. 4. 4. und folgende Stellen mögen andeuten, was in diese Sphäre fällt. Nego, ullam rem esse, quae aut comprehendi satis aut caveri aut excipi possit, si aut praeterito aliquo verbo, aut ambigue posito, sententia et re cognita, non id, quod intelligitur, sed id quod dicitur, valebit. Cicero

---

*) Z. B. daß man keiner Parthei unnöthige Mühe macht, keinen unnöthigen Schaden verursacht, keine übermäßige Fleißanwendung fordert; ferner daß man nicht plötzlich und ohne Gelegenheit der Abwendung über Jemanden Nachtheil herbeiführt, endlich auch, daß eine Parthei den Verlust ihres Gegners, wenigstens wenn sie in Contractsverhältnissen zu ihm steht, möglichst zu vermindern sucht.

pro Caecina c. 28. Esse hanc quaestionem de aequo et bono, in quo genere plerumque sub auctoritate juris scientiae perniciose erratur. Benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur l. 18. D. 1. 3.

Doch darf bei einem bestimmten und klaren Gesetz nicht auf eine subsumirte ratio legis hinaufgegangen werden, um ein anderes Resultat zu erlangen. Rationes eorum, quae constituuntur, inquiri non oportet; alioquin multa ex his, quae certa sunt, subvertuntur, l. 21. D. 1. 3. Dagegen soll man auch nicht an Worte sich stoßen, wenn die Absicht des Gesetzgebers unzweifelhaft und anerkannt ist. Cum voluntas, consilium et sententia legis intelligitur, stultum esse, verba amplecti, hanc negligere. — Ex aequo et bono, non ex callido versutoque jure rem judicare opertere; scriptum sequi calumniatoris esse, bonique judicis voluntatem scriptoris autoritatemque defendere, non ex verbis pendere jus, sed verba servire hominum consiliis et autoritatibus. Cicero l. c. c. 23.

Ein nicht unbedeutendes Gebiet der Billigkeit entspringt aus der unvermeidlichen Unvollkommenheit aller menschlichen Gesetze, indem die vielfache Gestaltung der Fälle, welche unter ein einfaches Gesetz gezwängt werden wollen, häufig jenen Anstoß und jene Schwierigkeit in dem aequare jus facto erzeugt, welche Napoleon bei der Discussion des Code civil mit der Bemerkung anzudeuten schien, daß einfache Gesetze gewöhnlich den Knoten zerhauen, den man lösen sollte. Cum infinitae litium formae fuerint futuraeque sint, et tot saeculis nulla reperta sit causa, quae esset tota alteri similis, sapiat oportet actor, et vigilet et inveniat et judicet, et consilium a se ipse petat. Quintiliani Insit. orat. VII. praef. in f. s. vorzüglich v. Savigny System des heutigen R. Rechts Bd. I. §. 15. und Schilling Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des Römischen Privatrechts, Einleitung S. 16. §. 9.

Zu 17) Das strenge Formenwesen in der Römischen Rechtspflege, wonach das jus summum seu strictum öfters nicht sine pudore geltend gemacht werden konnte, und das Bedürfniß fortschreitender Ausbildung des Rechts hatte gar oft die Nothwendigkeit herbeigeführt, die positive Basis aus einer höheren Quelle — der naturalis ratio zu ergänzen; s. l. 32. pr. D. 15. 1. — l. 1. C. 1. 14. — l. 2. §. 5 D. 39. 3. und zu verbessern; s. l. 8. C. 3. 1. — placuit in omnibus rebus praecipuam esse justitiae aequitatisque, quam stricti juris rationem und l. 18. D. 50. 17. et si nihil facile mutandum est ex solemnibus, tamen ubi aequitas evidens poscit, subveniendnm est. Die vor=

züglichsten Depositäre dieses Amts waren die Prätoren, vielleicht auch die Centumviralgerichte und besonders die Imperatoren. S. l. 6. §. 1. D. de J. et J. 1. 1. — l. 1. l. 9. C. 1. 14. Ein Beispiel, wie der Prätor gegen das jus strictum der aequitas folgen konnte, enthält die l. 29. pr. D. 16. 1. —

Zu 18) Die Billigkeit (aequitas, naturalis ratio) gilt

a) wo sie ausdrücklich in das positive Recht aufgenommen ist, z. B. s. l. 26. pr. l. 32. §. 2. D. 12. 6. — l. 19. §. 1. D. 39. 5. — l. 26. D. 45. 1. — §. 7. J. 3. 28. — l. 6. l. 7. D. 4. 1. — l. 3. in f. C. 3. 38. — l. 14. pr. D. 44. 3. — Außerdem aber

b) nur so weit, als sie nicht in deutliche Gesetze eingreift; l. 8. C. 3. 1. — l. 1. C. 1. 14. — l. 4. §. 1. D. 13. 4. — l. 13. §. 2. D. 27. 1. — l. 90. l. 183. D. de R. J. 50. 17. — l. 2. D. 1. 4. — l. 12. §. 1. D. 40. 9. — l. 18. l. 25. D. 1. 3. — l. 3. D. 28. 4. — l. 1. l. 9. C. 1. 14. Bemerkenswerth ist, daß bei obligationibus ex re die Billigkeit am meisten Gesetz und Richter leiten darf, während bei Rechtsgeschäften die Rechtssphäre durch sie selbst positiv abgesteckt ist, mithin stricte wirkt.

Zu 19) Die Römer verstanden unter dem jus gentium nicht, was man heut zu Tage Völkerrecht nennt, sondern vielmehr — gleichbedeutend mit jus naturale s. Gajus I. §. 189. — l. 1. pr. D. 41. 1. — das aus der allen Menschen inwohnenden naturalis ratio entsprungene Recht, quasi quo jure omnes gentes utuntur; l. 9. D. 1. 1. — l. 1. §. 4. D. eod., welches daher so alt als das Menschengeschlecht selbst ist; — im Gegensatz des jus civile, welches nur bei den Römern galt.

Zu 20) Das positive Recht ist entstanden:

a) durch gemeinsame Billigung der Rechtssätze, welche sich aus jedem Volk wie seine Sprache und Sitten herausbilden, indem das für Recht angesehen wird, was man gewohnt ist; (receptum est, vulgo respondetur, hoc jure utimur) was sich bald durch Parömien, brocardica oder sonst in der Volksmeinung fortgepflanzt oder durch häufige gleichförmige Entscheidungen Wurzel gefaßt hat (praejudicia, arrêts etc.);

b) durch unmittelbar von der gesetzgebenden Gewalt ausgeflossene Normen;

c) bisweilen auch vertragsmäßig durch Uebereinkunft der Privatpersonen und durch Autonomie. [Uebereinkunft oder Vertrag als solche können nimmermehr Quelle oder Grund eines Rechtssatzes, sondern höchstens die Veranlassung zur Ausbildung eines solchen werden.]

I.

Allgemeiner Theil.

Kapitel I.

Von den Rechtsquellen.

§. 2.

1. Vom Gewohnheitsrecht.

1) Was versteht man unter jus non scriptum im Allgemeinen?
2) Wie ist das Gewohnheitsrecht entstanden, und auf welcherlei Arten hat sich das jus non scriptum überhaupt gebildet?
3) Worauf beruht die Autorität der Gewohnheit?
4) Was versteht man unter Gewohnheit und Herkommen?
5) unter Observanz insbesondere?
6) Was unter Gerichtsbrauch und in wie fern hat derselbe verbindende Kraft?
6a) Wie muß die gemeine Meinung, welche sich in der consuetudo abspiegelt, beschaffen sein, um Gemeingiltigkeit zu behaupten?
7) Worin bestehen die Kennzeichen einer rechtlichen Gewohnheit, oder wie müssen die Handlungen beschaffen sein, um daraus eine allgemein anerkannte Norm zu abstrahiren?
8) Was ist unter Mehrzahl von Handlungen zu verstehen? Genügen deren zwei?
9) Wenn durch gerichtliche Erkenntnisse ein Rechtssatz als in der gemeinen Uebung bestehend erwiesen werden will, genügt es an Einem solchen Erkenntniß?
10) Wird es überhaupt erfordert, daß die Handlungen, welche eine Gewohnheit constituiren sollen, bereits in den Gerichten Bestätigung gefunden haben?
11) Ist die Oeffentlichkeit der Handlungen ein wesentliches Erforderniß zu einer giltigen Gewohnheit?
12) Was wird in Ansehung der Rationabilität eigentlich erfordert?

13) Wird der Begriff und die Wirksamkeit des Gewohnheitsrechts durch einzelne entgegengesetzte Handlungen schon aufgehoben?
14) Ist in Hinsicht auf diuturnitas eine Verjährungszeit erforderlich?
15) Ist Gleichheit der Handlungen, welche eine Gewohnheit constituiren sollen, nothwendig, oder schon Aehnlichkeit hinreichend?
16) Muß die Gewohnheit bewiesen werden, und auf welche Essentialien muß dießfalls der Beweis gerichtet sein? In wie fern ist die Beweislast durch die Amtspflicht des Richters, der Gewohnheitsrechte kundig zu sein, und solche zu erforschen, beschränkt?
17) Was für Beweismittel sind zu gebrauchen?
18) Gilt ein gerichtliches oder ein von den Sachkundigen ausgestelltes Zeugniß der Rechtsgewohnheit auch ohne Anführung der einzelnen Fälle?
19) Genügen zwei Zeugen zum Beweis eines Gewohnheitsrechts?
20) Gelten auch testes de auditu?
21) Kann eine Gewohnheit auch durch den Eid bewiesen werden?
22) Wie weit erstrecken sich die rechtlichen Wirkungen der Gewohnheit im Verhältniß zum jus scriptum?
23) In wie fern kann Notorietät einer Gewohnheit des Beweises überheben?
24) Wird die Unkenntniß eines Gewohnheitsrechts oder ein Irrthum über dasselbe als error in jure oder in facto in Ansehung der Entschuldbarkeit behandelt?

Zu 1) Darunter wird im Gegensatz ausdrücklich von der Staatsgewalt promulgirter Vorschriften dasjenige verstanden, was sich durch Sitte und Gebrauch oder durch sonstige Autoritäten anderer Art als die Gesetzgebung selbst zur geltenden Maxime erhoben hat. Imo magnae auctoritatis hoc jus habetur, quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse scripto id comprehendere. l. 36. D. 1. 3. —

Zu 2) Es ist entstanden:

a) aus Volkssitte und Gewohnheit [richtiger: aus der unmittelbaren und naiven Volksüberzeugung, welche in Sitte und Gewohnheit zur Erscheinung kommt und sich in den s. g. actus introductivi verkörpert];
b) aus insgemein angenommenen Autoritäten.

Zu a) Aus dem in allen Einzelnen gemeinschaftlich lebenden und wirkenden Volksgeist, besonders aus den, von den Gliedern des Vereins ursprünglich aufgebauten Verhältnissen, welche gegen Störungen gesichert werden sollten, bildete sich, wie Sitte, Sprache und Verfassung, so auch das Recht, oder ein gemeinsames Rechtsbewußtsein, dessen Ausdruck sich von Altersher häufig durch Sprichwörter, durch die symbolischen Formen der Rechtsgeschäfte, und durch die Urtheilssprüche der aus dem Volk gebildeten Gerichte kund gethan hat. So entstanden rechtliche Gewohnheiten, aus welchen sich das Gewohnheitsrecht bildete.

Zu b) Eine weitere Entstehungsart des ungeschriebenen Rechts finden wir in der Autorität, welche den Rechtssprüchen beigelegt wurde, auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum [l. 38. D. 1. 3.] — und — besonders im Mittelalter — auch der communis opinio Doctorum oder den durch die Ausbildung der Wissenschaft gewonnenen rechtlichen Maximen zu Theil wurde, was man nun wissenschaftliches Recht oder Juristenrecht nennt, indem es nämlich dem besonderen Stand entquollen ist, welcher sich zu dem Beruf der Rechtskunde gebildet hat, nachdem das Recht — ursprünglich Gemeingut des gesammten Volks — durch die mehr verzweigten Verhältnisse des Lebens sich dergestalt in das Einzelne ausgebildet hat, daß es durch die im Volke gleichmäßig verbreitete Kenntniß nicht mehr beherrscht werden kann. Auch das Product dieser Rechtsausbildung ging bald durch Doctrin, bald durch die Adoption der Gerichtshöfe in die s. g. Praxis über.

Zu 3) Gleichwie das geschriebene Recht seinen Stoff zuerst aus dem ungeschriebenen schöpfen mußte, l. un. C. 7. 5. — l. 32. l. 37. D. 1. 3. — und, als kein ursprüngliches, erst mit der weiteren Ausbildung der socialen Verhältnisse ergänzend und verbessernd hervortrat, so mußte natürlich Eines wie das Andere gleiche Kraft behaupten; l. 3. C. 8. 53. — §. 9. J. 1. 2. — l. 32. §. 1. l. 35. l. 40. D. 1. 3. — Cicero de invent. 2. 22. — und dieß um so mehr, als man nicht glaubte oder glauben durfte, durch das jus scriptum ein allumfassendes Rechtsgebäude aufgeführt zu haben. Les Codes des peuples se font avec le temps, mais à proprement parler, on ne les fait pas (Portalis). Diese ursprüngliche Geltung des ungeschriebenen Rechtes ist jedoch, nachdem man heut zu Tage alle Rechtsnorm nur von der höchsten Gewalt ausgehen läßt, durch deren stillschweigend anzunehmende Billigung bedingt [?]; diese ist indessen in den Ländern, in welchen das römische Recht vom Landesherrn recipirt ist, sogar ausdrücklich gegeben; denn indem das römische Recht ausdrücklich sagt, das Ge-

wohnheitsrecht soll befolgt werden, — ist durch den Act der Reception des römischen Rechts unzweifelhaft consensus generalis expressus vom Landesherrn gegeben, l. 32. §. 1. l. 33. l. 35. l. 36. D. 1. 3. — l. 1. l. 3. C. 8. 53. und auch ausdrücklich in den Reichsgesetzen enthalten. K. G. O. v. J. 1555. tit. 13. §. 1. Reichshof-Ord. tit. 1. §. 15. J. P. Osnabruc VII. §. 4.

Zu 4) Unter Gewohnheit (lex populi tacita, tacitus consensus populi, mores [diuturna consuetudo, longaevus usus]) versteht man die fortdauernde Anwendung eines Rechtssatzes, und ihre Autorität (Gewohnheitsrecht) besteht darin, daß sie als ein unverwerfliches Zeugniß von dem Bestehen dieses Rechtssatzes, oder eines vom Volk unmittelbar gedachten und empfundenen und so in das Leben übergegangenen durch positive oder negative Handlungsweise der Bürger sich manifestirenden Rechts gilt.

Durch Continuität in der Generationenfolge gestaltet sich die Gewohnheit zum Herkommen, (jus traditum, mores majorum) beruhend nämlich auf Ueberlieferung solcher Grundsätze, von deren ursprünglicher Entstehung keine Spur mehr vorhanden ist, deren Inhalt sich aber durch den Gebrauch fortgepflanzt hat. cf. l. 10. D. 29. 7.

Zu 5) Unter Observanz — unterschieden von consuetudo, kann etwas anderes nicht verstanden werden, als ein durch die Uebung selbst begründetes Zeugniß gewisser Rechtssätze — die unter dem Namen autonomischer zu begreifen sind — für die Mitglieder specieller Districte, Gemeinheiten u. dergl. s. Erk. d. O. A. G. in Jena in Emminghaus Sächs. Pandecten S. 29. no. 15. Solche Rechtssätze haben das mit dem gesetzlichen Recht gemein, daß sie durch einen sie festsetzenden Act hervorgebracht werden, aber ihre Entstehung nicht der gesetzgebenden Gewalt verdanken. [Observanz verhält sich mithin zu Autonomie (Statut), wie Gewohnheitsrecht zur Staatsgesetzgebung, sie ist das Gewohnheitsrecht in untergeordneten und doch autonomischen Genossenschaften.] — Die gemeine Meinung behauptet, daß bei der Observanz schon ein einzelner Act hinreiche*), den darin niedergelegten Rechtssatz darzuthun, während Andere dieß nur von der s. g. observantia interpretativa gelten lassen. Boehmer J. E. Pr. Lib. I. tit. IV. §. 42. Nicht unbeachtet dürfte diejenige Unterscheidung bleiben, welche Puchta im Gewohnheitsrecht Th. II. S. 109 ꝛc. nothwendig findet. Es muß nämlich allerdings zugestanden werden, „daß eine autonomische Disposition, habe sie die Form eines Beschlusses oder

---

*) Glück Comment. Bd. I. §. 84. a. E. Emminghaus a. a. O.

Vertrags, auch stillschweigend gemacht werden könne, indem ja der Wille nicht blos durch Worte oder dieselben vertretende Zeichen, sondern auch durch andere Handlungen, namentlich durch sofortige Beobachtung des Satzes, über welchen man übereingekommen ist, erklärt wird. Diese Beobachtung ist mithin die Willenserklärung, und gehört wesentlich mit zur Entstehung des Rechtssatzes, da natürlich nur ein erklärter Wille eine solche Vorschrift erzeugt*). Davon ist eine Beobachtung verschieden, welche in Folge des schon entstandenen Rechtssatzes eintritt, eben so wie die consuetudo in Folge des schon entstandenen Gewohnheitsrechts, sie ist ein Zeugniß und Erkenntnißmittel für den vor ihr schon existirenden Rechtssatz, wie die Gewohnheit für das Gewohnheitsrecht." — „Die Beantwortung der Frage, ob aus einem vorliegenden Act der Observanz die Existenz des Rechtssatzes entnommen werden kann, wird nun davon abhängen, welche Art der Observanz darin liegt. Kann der vorliegende Act als eine Beobachtung der ersten Art angesehen werden, als eine stillschweigende Willenserklärung, so beweist schon diese einmalige Beobachtung die Existenz des Rechtssatzes so vollkommen, wie eine ausdrückliche Erklärung. In diesem Falle ist also die gewöhnliche Meinung richtig. Hat aber der Act der Observanz jenen Charakter nicht, ist er also nur als eine Beobachtung der zweiten Art, als ein bloßes Zeugniß eines bestehenden Rechtssatzes zu betrachten, so gilt auch hier, was von der Erkenntniß eines Gewohnheitsrechts anerkannt wird, daß aus einem einzelnen Fall der Uebung noch keineswegs auf das Dasein einer ihr zu Grunde liegenden Regel geschlossen werden kann, daß dazu vielmehr eine wiederholte gleichmäßige Uebung gehört."

Zu 6) Das Wort Gerichtsbrauch [Praxis] kommt in zweierlei Bedeutung vor:

a) als das durch Urtheilssprüche bekundete wahre Gewohnheitsrecht, indem nämlich die res judicatae nicht eine consuetudo machen, sondern nur bezeugen; Cujacii Obs. XX. no. 1.;

b) als Continuität der Geltendmachung gewisser Rechtssätze durch gleichförmige Aussprüche von Seite eines und desselben Gerichts.

---

*) Wenn ein Collegium seine Uebereinstimmung über einen Satz unmittelbar durch die Handlung zu erkennen gibt, so beweist die einmalige Beobachtung des Satzes die Existenz des Rechtssatzes vollkommen. Hat z. B. ein Domkapitel, welches bisher nur eine geschlossene Anzahl Domherrenstellen hatte, einmal über diese Zahl hinaus Domherren aufgenommen, so genügt zum Beweis der gegen den Abschluß der Einzelnstellen zu beweisenden Observanz ein einziger Act.

wohnheitsrecht soll befolgt werden, — ist durch den Act der Reception des römischen Rechts unzweifelhaft consensus generalis expressus vom Landesherrn gegeben, l. 32. §. 1. l. 33. l. 35. l. 36. D. 1. 3. — l. 1. l. 3. C. 8. 53. und auch ausdrücklich in den Reichsgesetzen enthalten. K. G. O. v. J. 1555. tit. 13. §. 1. Reichshof-Ord. tit. 1. §. 15. J. P. Osnabruc VII. §. 4.

Zu 4) Unter Gewohnheit (lex populi tacita, tacitus consensus populi, mores [diuturna consuetudo, longaevus usus]) versteht man die fortdauernde Anwendung eines Rechtssatzes, und ihre Autorität (Gewohnheitsrecht) besteht darin, daß sie als ein unverwerfliches Zeugniß von dem Bestehen dieses Rechtssatzes, oder eines vom Volk unmittelbar gedachten und empfundenen und so in das Leben übergegangenen durch positive oder negative Handlungsweise der Bürger sich manifestirenden Rechts gilt.

Durch Continuität in der Generationenfolge gestaltet sich die Gewohnheit zum Herkommen, (jus traditum, mores majorum) beruhend nämlich auf Ueberlieferung solcher Grundsätze, von deren ursprünglicher Entstehung keine Spur mehr vorhanden ist, deren Inhalt sich aber durch den Gebrauch fortgepflanzt hat. cf. l. 10. D. 29. 7.

Zu 5) Unter Observanz — unterschieden von consuetudo, kann etwas anderes nicht verstanden werden, als ein durch die Uebung selbst begründetes Zeugniß gewisser Rechtssätze — die unter dem Namen autonomischer zu begreifen sind — für die Mitglieder specieller Districte, Gemeinheiten u. dergl. s. Erk. d. O. A. G. in Jena in Emminghaus Sächs. Pandecten S. 29. no. 15. Solche Rechtssätze haben das mit dem gesetzlichen Recht gemein, daß sie durch einen sie festsetzenden Act hervorgebracht werden, aber ihre Entstehung nicht der gesetzgebenden Gewalt verdanken. [Observanz verhält sich mithin zu Autonomie (Statut), wie Gewohnheitsrecht zur Staatsgesetzgebung, sie ist das Gewohnheitsrecht in untergeordneten und doch autonomischen Genossenschaften.] — Die gemeine Meinung behauptet, daß bei der Observanz schon ein einzelner Act hinreiche*), den darin niedergelegten Rechtssatz darzuthun, während Andere dieß nur von der s. g. observantia interpretativa gelten lassen. Boehmer J. E. Pr. Lib. I. tit. IV. §. 42. Nicht unbeachtet dürfte diejenige Unterscheidung bleiben, welche Puchta im Gewohnheitsrecht Th. II. S. 109 ꝛc. nothwendig findet. Es muß nämlich allerdings zugestanden werden, „daß eine autonomische Disposition, habe sie die Form eines Beschlusses oder

---

*) Glück Comment. Bd. I. §. 84. a. E. Emminghaus a. a. O.

Vertrags, auch stillschweigend gemacht werden könne, indem ja der Wille nicht blos durch Worte oder dieselben vertretende Zeichen, sondern auch durch andere Handlungen, namentlich durch sofortige Beobachtung des Satzes, über welchen man übereingekommen ist, erklärt wird. Diese Beobachtung ist mithin die Willenserklärung, und gehört wesentlich mit zur Entstehung des Rechtssatzes, da natürlich nur ein erklärter Wille eine solche Vorschrift erzeugt*). Davon ist eine Beobachtung verschieden, welche in Folge des schon entstandenen Rechtssatzes eintritt, eben so wie die consuetudo in Folge des schon entstandenen Gewohnheitsrechts, sie ist ein Zeugniß und Erkenntnißmittel für den vor ihr schon existirenden Rechtssatz, wie die Gewohnheit für das Gewohnheitsrecht." — „Die Beantwortung der Frage, ob aus einem vorliegenden Act der Observanz die Existenz des Rechtssatzes entnommen werden kann, wird nun davon abhängen, welche Art der Observanz darin liegt. Kann der vorliegende Act als eine Beobachtung der ersten Art angesehen werden, als eine stillschweigende Willenserklärung, so beweist schon diese einmalige Beobachtung die Existenz des Rechtssatzes so vollkommen, wie eine ausdrückliche Erklärung. In diesem Falle ist also die gewöhnliche Meinung richtig. Hat aber der Act der Observanz jenen Charakter nicht, ist er also nur als eine Beobachtung der zweiten Art, als ein bloßes Zeugniß eines bestehenden Rechtssatzes zu betrachten, so gilt auch hier, was von der Erkenntniß eines Gewohnheitsrechts anerkannt wird, daß aus einem einzelnen Fall der Uebung noch keineswegs auf das Dasein einer ihr zu Grunde liegenden Regel geschlossen werden kann, daß dazu vielmehr eine wiederholte gleichmäßige Uebung gehört."

Zu 6) Das Wort Gerichtsbrauch [Praxis] kommt in zweierlei Bedeutung vor:

a) als das durch Urtheilssprüche bekundete wahre Gewohnheitsrecht, indem nämlich die res judicatae nicht eine consuetudo machen, sondern nur bezeugen; Cujacii Obs. XX. no. 1.;

b) als Continuität der Geltendmachung gewisser Rechtssätze durch gleichförmige Aussprüche von Seite eines und desselben Gerichts.

*) Wenn ein Collegium seine Uebereinstimmung über einen Satz unmittelbar durch die Handlung zu erkennen gibt, so beweist die einmalige Beobachtung des Satzes die Existenz des Rechtssatzes vollkommen. Hat z. B. ein Domkapitel, welches bisher nur eine geschlossene Anzahl Domherrenstellen hatte, einmal über diese Zahl hinaus Domherren aufgenommen, so genügt zum Beweis der gegen den Abschluß der Einzelnstellen zu beweisenden Observanz ein einziger Act.

Im letzteren Sinn stehen die Urtheile der Gerichte nur auf gleicher Linie mit dem sog. Juristenrecht, oder derjenigen Rechtsbildung, welche durch die Bekenner der Wissenschaft in das Leben tritt, und durch systematische Begründung, sowie durch Uebereinstimmung mit dem Volksgeist sich geltend macht. Eine eigentlich verbindende Kraft können sie in der Regel nicht, — s. l. 4. l. 13. C. 7. 45. — l. 12. D. 1. 18. — v. d. Rahmer Sammlung merkw. Entscheidungen Bd. I. (1824) S. 5., sondern nur in so fern erlangen, als die Staatsgewalt ihnen eine solche beizulegen sich durch die Sorge für die Festigkeit des Rechts bewogen findet, welche für diese supplementäre Rechtsquelle allerdings wünschenswerth erscheint, und daher besonders den Rechtssprüchen des obersten Gerichtshofs, den niederen Instanzen gegenüber, beigelegt zu werden pflegt; s. Thibaut System des Pandectenrechts §. 16. Schweppe a. a. O. §. 36. J. R. A. §. 187. A. M. ist Wening-Ingenheim a. a. O. I. S. 62. [In einigen Staaten ist dem obersten Gerichtshofe die Befugniß ertheilt, die Rechtssätze, welche von ihm seinen Entscheidungen in einzelnen wichtigen Fällen zugrunde gelegt worden sind, bezieh. mit Genehmigung des Justizministerii, im Gesetzblatte zu verkündigen, wodurch, obschon die übrigen Gerichte des Landes rechtlich ihre Unabhängigkeit behalten, doch zur Beseitigung mancher Controverse thatsächlich beigetragen wird.]

Zu 6 a) Sie muß rationabilis sein, und darf nicht an dem jeden consensus aufhebenden Fehler des Irrthums leiden; l. 39. D. 1. 3. — l. 1. l. 2. C. 8. 53. Nov. 134. c. 1., die Handlungen dürfen also nicht aus einem erweislichen Irrthum hervorgegangen sein, denn dann wäre ja die opinio necessitatis, welche ein wesentliches Erforderniß der Handlungen ist, falsch. Der Irrthum könnte nämlich gerade darin liegen, daß die Handelnden, deren Handlungen eine Gewohnheit constituiren sollen, einen Rechtssatz in der Volksmeinung existirend hielten, von welchem dieß doch nicht der Fall war. Gleichwohl wird die Möglichkeit anzunehmen sein, daß ein ursprünglich nur vermeinter Rechtssatz in der Folge durch freie Volksüberzeugung zum wirklichen werde, auch schadet es nicht, wenn der wirklichen Volksüberzeugung ein theoretischer Irrthum nur zur äußeren Bestärkung gedient hat. v. Savigny System des h. R. R. Bd. I. S. 176. Puchta Gewohnheitsrecht Th. II. S. 73. Wächter Beitrag zur Lehre vom Gerichtsgebrauche im Archiv f. d. civil. Praxis Bd. 23. S. 432. Eine constante Praxis hat sich dafür entschieden, daß der l. 39. D. 1. 3. kein anderer Sinn beizulegen sei, als daß auch eine ursprünglich auf einem Irrthum beruhende Gewohnheit an sich giltig ist, und nur nicht, wie

wie eine andere Gewohnheit analogisch ausgedehnt werden dürfe, s. Seuffert Archiv Bd. I. H. 3. S. 308. [Zahlreiche deutsche Rechtsgewohnheiten haben seit der Reception des R. R. ihr Daseyn im Gewande von Rechtssätzen, welche als römischrechtliche Irrthümer erscheinen, gefristet. Bluntschli, Deutsches Privatrecht, 2. Aufl. S. X: „Gar nicht selten war in dem mißverstandenen R. R. der Praktiker ein Kern modernen Rechtsgefühls enthalten, ihre römischen Irrthümer waren zuweilen deutsche Wahrheiten." Beispiel sind die beiden Provocationsproceßarten, welche irrig an l. 5. Cod. 7. 14. und l. 28. D. 46. 1. angeknüpft wurden.]

Zu 7) Die Gesetze sagen: actus inducunt consuetudinem; consuetudo per exempla probatur. Um annehmen zu können, daß sich die gemeine Meinung (tacitus consensus omnium) über einen Rechtssatz fixirt habe, wird gleichförmige langjährige häufige Uebung mit dem Bewußtsein, eines rechtlichen Sollens oder mit der Ueberzeugung, daß der Handlung ein Rechtssatz wirklich zu Grunde liegt, erfordert. l. 1. l. 2. C. 8. 53. — l. 32. §. 1. l. 35. D. 1. 3.

Zu 8) Es fehlt nicht an Rechtslehrern, welche schon einen einzigen Act für hinreichend hielten; s. Cocceji Jus controv. lib. I. Tit. III. qu. 10. Sie gründen ihre Meinung irrig auf l. 14. §. 2. D. 34. 1., dieses Gesetz sagt davon nichts, und enthält nur eine Interpretationsregel in Betreff eines Alimenten-Legats. — Angesehene Autoritäten sprechen für die Zulänglichkeit von zwei Handlungen. Schweppe Röm. Privatr. Th. 1. §. 35. Walch Controvers. jur. civ. pag. 23. J. H. Boehmer J. E. Pr. Lib. I. Tit. II. §. 42. Auch diese durch Nov. 15. in f. und l. 12. D. de testib. 22. 5. vermeintlich begründete Ansicht entbehrt jedoch einer tauglichen Stütze, denn in beiden Stellen ist der Gedanke weit entfernt von einem Gewohnheitsrecht, insbesondere können die blos von der Zahl der Zeugen sprechenden Worte Ulpians: pluralis elocutio duorum numero continetur, nicht auf ein Gewohnheitsrecht übertragen werden — Daß eine vom Kaiser Einmal anerkannte Gewohnheit allerdings schon im zweiten und in folgenden Fällen gelten mußte, ist nicht Wirkung, welche der Gewohnheit an sich eigenthümlich ist!, sondern eines Acts der gesetzgebenden Gewalt, worüber sich Beispiele finden; pr. J. 2. 25. — Obgleich nun nach dem Beispiel der Glossatoren noch in der Mitte des vorigen Jahrhunderts es als allgemeine Praxis galt, daß zwei Acte hinreichen — was indeß von Manchen in so weit beschränkt wurde, daß sie die Oeffentlichkeit dieser Handlungen zur besondern Bedingung machten, s. v. Kreittmayr Anmerkungen ad Cod. Max. Civ. P. I. Cap. II.

§. 15. —, so ist man doch in neuerer Zeit wieder zu dem unmittelbaren Ausspruch der Gesetze zurückgekehrt, welche schlechthin Frequenz der Handlungen fordern, l. 1. C. 8. 53. l. 3. C. 8. 10. und indem sie eine Zahl nicht bestimmen, es lediglich zur Pflicht des Richters machen, l. 1. §. 2. D. 28. 8. u. l. 3. §. 6. D. 22. 5. den Begriff von Frequenz nach den obwaltenden Umständen verständig anzuwenden. Puchta a. a. O. Th. II. §. 8. Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien (Hildesh. 1789) Bd. III. Med. 181. Glück Thl. I. §. 86. Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. III. S. 259 rc.

Zu 9) Vorausgesetzt, daß nach vorgängiger Untersuchung in contradictorio eine rechtliche Gewohnheit als bestehend erkannt wurde, läßt sich nicht läugnen, daß Ein Urtheil genügen könne, — wovon sich ein Beispiel in l. pr. 12 D. 48. 2. findet, doch läßt sich auch nicht behaupten, daß es allemal genüge, da in der Regel ein Erkenntniß nur unter den streitenden Theilen ein Recht begründet, und ist jedenfalls die dieser Meinung zum Grunde liegende l. 34. D. 1. 3., welche indeß ein vorausgegangenes Erkenntniß nur als Erkenntnißquelle, nicht aber als entscheidend für die Gewohnheit erklärt, nur von particulären Gewohnheiten zu verstehen, s. Puchta a. a. O. Th. I. S. 97. Th. II. S. 79. rc. — Die Glossatoren statuirten: inducitur consuetudo per duas sententias latas intra decem annos, item quia perpetuo sic est obtentum sine contradictione. Gl. ad l. 32. u. 33. de legib. Mit Rücksicht auf l. 13. C. 7. 45., welche verordnet, daß kein Richter allein durch Präjudicien sich bestimmen lassen soll, muß angenommen werden, daß diese an sich selbst ohne Einfluß, als Zeugnisse für ein Gewohnheitsrecht aber von dem höchsten Einfluß seyn sollen. l. 34. l. 38. D. 1. 3. — l. 1. C. 8. 53. Savigny a. a. O. I. S. 148. vergl. Bülow und Hagemann pr. Erört. I. no. 40. Man muß vornämlich unterscheiden: ob das Urtheil eine Gewohnheit als offenkundig oder erwiesen bestätigt, oder ob es nur einer in foro bisher angenommenen Richtung des wissenschaftlichen Rechts folgt.

Im letzteren, bei den gemeinrechtlichen Gewohnheiten gewöhnlichen Fall (usus fori) können die wissenschaftlichen Fortschritte durch einen bisherigen Gebrauch nicht abgeschnitten werden, durch welche die bisherige Meinung in das Gebiet des Irrthums zurückfällt; im ersteren, bei particulären Gewohnheiten vorzüglich in Betracht kommenden Fall, behauptet man, daß eine particuläre Gewohnheit, wenn sie Einmal in judicio geprüft und anerkannt ist, einer nochmaligen Untersuchung nicht weiter bedürfe, s. Puchta a. a. O. S. 97. Im ersteren Fall kommt, wenn Präjudicate für ein bestehendes jus consue-

ordinarium beweisend sein sollen, viel auf deren ganze Beschaffenheit an. Das O.=A.=G. in Kiel erkannte unterm 7. Januar 1846, daß die früheren Erkenntnisse für das behauptete Gewohnheitsrecht nur eine zum vollen Beweise nicht hinreichende Vermuthung zu begründen geeignet seien, weil aus denselben die Gründe, welche für die richterliche Ueberzeugung von dem Dasein des Gewohnheitsrechts bestimmend gewesen, nicht zu ersehen sind, und diese also von dem höheren Gericht nicht näher geprüft werden können.

Zu 10) Nein. Die l. 34. D. 1. 3., auf welche sich die bejahende Meinung stützt, s. Cocceji Jus controv. l. c., enthält nur eine Anweisung an den Richter zur Erforschung einer Gewohnheit, wobei die judicia in contradictorio allerdings als ein vorzügliches Erkenntnißmittel dienen können.

Zu 11) Unter der Publicität als Erforderniß der Handlungen, aus welchen eine Gewohnheit erkannt werden soll, versteht man lediglich diejenige Publicität, welche mit diesen Handlungen an sich ihrer Natur nach verbunden ist. — Es wird also nach der Natur der Sache nur vorausgesetzt, daß diese Handlungen nicht verheimlicht worden seien; s. die in Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten Bd. I. Heft 3. S. 315. angeführten Erkenntnisse des O. A. Ger. zu Lübeck v. 31. Oktbr. 1846 und des O. A. Gr. zu München v. 23. Juli 1847. Savigny a. a. O. Th. I. S. 80. Puchta a. a. O. Bd. II. §. 5. Manche halten bei geringer Publicität mehrere Handlungen für erforderlich. Schweppe Röm. Privatr. Ed. IV. §. 33. a.

Zu 12) Ein besonderer Beweis derselben kann nirgend gefordert werden, auch kann dem Richter nicht zustehen, die Rationabilität einer Gewohnheit seiner subjectiven Prüfung zu unterwerfen. Non omnium, quae a mojoribus constituta sunt, ratio reddi potest, s. Mevii Dec. IX. 160. Wenn gleichwohl eine Gewohnheit nur durch ihre Vernunftmäßigkeit auf Anerkennung soll Anspruch machen können, l. 7. §. ult. D. 41. 1. — non adeo valitura, ut aut rationem vincat aut legem, und wenn vielmehr eine ratio oder justa causa insgemein erfordert wird, l. 1. u. 2 C. 8. 53. Nov. 134. c. 1 — l. 39. D. 1. 3. — vergl. auch l. 2. §. 1. D. 7. 5. — so muß dies so verstanden werden, daß es nicht überhaupt unmöglich seyn darf, mit der behaupteten Gewohnheit eine opinio juris zu verbinden. Dieß ist aber der Fall, wenn der geübte Grundsatz geradezu göttlichen Vorschriften und den guten Sitten widerstreitet, c. ult. X. de consuet. 1. 4. Mevii Dec. I. 44. — und der gemeinen Wohlfahrt störend entgegentritt. l. 1. C. Th. 5. 12.

Cum nihil per causam publicam intervenit, quae diu servata sunt, permanebunt. l. 26. §. 1. C. 4. 32. — l. 1. pr. D. 22. 1. — Es ist aber auch zu beachten, daß es im Recht gewisse allgemeine höhere Principien giebt, mit welchen alles Untergeordnete sich nicht in Widerspruch setzen darf, s. Puchta a. a. O. Bd. II. §. 6. und die dort angeführten Beispiele, insbesondere l. 7. §. ult. D. 41. 1. und die in die Gesetze selbst eingeführte naturalis ratio. Wo aber ein solch positives Hinderniß der Annahme eines Rechtssatzes, welcher sich durch Gewohnheit geltend machen soll, nicht entgegensteht, muß der Richter sie auch anerkennen, und nicht etwa schon deshalb, weil das positive geschriebene Recht ein anderes Prinzip hat, kann eine consuetudo für irrationabilis erklärt werden; s. die in Seuffert's Archiv Bd. I. H. 3. S. 316. und Bd. X. (1856) S. 4. angeführten Erkenntnisse der O.-A.-Ger. in Lübeck und München.

Zu 13) Durch das Wort plerumque wird in den Gesetzen schon die absolute Nothwendigkeit einer immerwährenden gleichen Beobachtung des der Gewohnheit zum Grunde liegenden Rechtssatzes beseitigt; l. 3. §. 6. D. 22. 5. — c. 1. de constit. in VIto, und es leuchtet von selbst ein, daß die Uebung und Geltendmachung desselben öfters, nur aus zufälligen Ursachen unterblieben seyn konnte, z. B. daß irgend jemand die Gewohnheit nicht kannte, daß sie nicht allegirt wurde und vom Gericht ignorirt werden konnte. Auch hier bleibt also der richterlichen Erwägung viel überlassen. So viel ist gewiß, daß die behauptete Gewohnheit dann nicht angenommen werden kann, wenn der Fälle der entgegengesetzten Uebung so viele sind, daß vielmehr aus ihnen die Existenz einer gemeinsamen Ueberzeugung angenommen werden dürfte, oder wenigstens so viel, daß die Regel sich dadurch verliert, l. 3. C. 8. 53. — l. 3. pr. C. 12. 30. — l. 34. D. 50. 17. oder problematisch gemacht wird. Glück a. a. O. §. 86. Schweppe röm. Privatr. §. 35. Durch einzelne Fälle kann die Gewohnheit zwar gestört, aber nicht als aufgehoben betrachtet werden. Puchta a. a. O. Bd. II. §. 10. [Seuffert's Archiv f. Entsch. XIII. S. 2.]

Zu 14) Das Gesetz spricht von vetustas l. 2. D. 39. 3. Auch hier hat also das richterliche Ermessen zu entscheiden, l. 1. §. 2. D. 28. 8., und den Begriff von longa consuetudo, inveterata, diuturna, antiquitus probata consuetudo, longaevus usus, — quae per plurimos annos observata sunt, s. l. 32. §. 1. l. 33. l. 35. D. 1. 3., verständig anzuwenden. Die l. 1. C. 6. 42. nimmt einen dreijährigen Zeitraum schon als hinlänglich an; verb. per multum temporis, id est non minus in tali causa triennio. Daß Mehrere aus c. 11. X. de con-

suetud. cf. c. 3. eod. in VIto verb. legitime praescripta die Verjährungszeit ableiten wollten, wird von den Neuern wohl mit Recht für irrig erklärt, denn diese Gesetzesstellen beziehen sich blos auf die kirchlichen Verhältnisse. Puchta a. a. O. Bd. II. §. 10. v. Savigny a. a. O. Mehrere Auslegungsarten s. Elvers allgem. jurist. Zeitg. v. J. 1828. no. 95. Archiv. f. d. civil. Praxis Bd. III. S. 280.*) — [Vergl. auch Seuffert's Archiv f. Entsch. IX. (1856), S. 321.]

Zu 15) Nach der Meinung der meisten Rechtslehrer genügt für die erforderliche Gleichförmigkeit im Gegensatz des mos varius l. 34. D de leg. auch eine richtige Analogie, denn die Gesetze sprechen nur von eodem controversiarum *genere*, l. 1. C. 8. 53., und legen das vorzügliche Gewicht auf die ratio, quae consuetudinem suasit, indem sie die Gewohnheit überhaupt und so auch in dieser Beziehung den Gesetzen in ihrer Wirksamkeit gleichstellen. l. 32. D. 1. 3. Glück Comment. Th. I. S. 468. §. 87.

Zu 16) Daraus, das Gewohnheiten vielmehr den Gesetzen als den Thatsachen zu vergleichen sind, entsteht für die Beweisfrage einige Abweichung von der probatio facti, denn der Richter ist nicht schuldig, Thatsachen zu wissen, wohl aber mit Gesetzen und Gewohnheiten sich bekannt zu machen. Daraus folgt:

a) der Richter ist verpflichtet, von Amtswegen die Gewohnheit, welche in Frage steht, zu erforschen. l. 34. l. 37. l. 38. D. 1. 3. — l. 1. in f. C. 8. 53. l. 3. §. 6. D. 22. 5. — pr. J. 4. 17. Nov. 106. Er kann daher Sachkundige ex officio darüber vernehmen, wenn auch von der Partei nicht darauf angetragen wäre. [Vergl. auch Seuffert's Archiv f. Entsch. X. S. 165. u. S. 5.]

b) Die Qualitäten der dargelegten Gewohnheitsfälle sind vielmehr als Gegenstand der richterlichen Reflexion, denn als Gegenstand eines eigentlichen Beweises zu betrachten, oder, wie v. Vangerow a. a.O. 1. §. 17. VI. Aufl. S. 51. sagt: „nicht unmittelbar die Existenz des Gewohnheitsrechts, sondern nur die äußere Er-

---

*) Im Königreich Sachsen wird, zwar nicht vermöge eines ausdrücklichen Gesetzes, aber doch einer notorischen Gewohnheit (cf. Bekanntmachung des O. „A." G. v. 6. August 1836. No. 1.) zur Einführung eines ungeschriebenen Gesetzes eine Zeit von 31 Jahren 6 Wochen und 3 Tagen erfordert, obgleich die Sächsischen Rechtslehrer selbst vor Carpzov mit besserem Grund die Verjährungszeit nicht zur Norm machten, wie auch in einem Urtheil des O. A. G in Jena v. J. 1830 anerkannt ist; s. Emminghaus Pand. S. 27. no. 8. vgl. S. 28 no. 11.

scheinung desselben, die consuetudo kann Gegenstand der Beweis=auflage seyn, und dem Richter muß die Untersuchung überlassen bleiben, ob sich darin wirklich ein Gewohnheitsrecht ausspreche." —

c) Wenn gleich bei einer probatio facti nichts vom Richter supplirt werden kann, so ist es doch hier ein Anderes; er darf und soll, was ihm selbst von der Gewohnheit bekannt ist, beachten, wenn es auch der Partei entgangen wäre, und die völlige Passivität, welche der Richter bei dem eigentlichen Beweisverfahren beobachtet, findet hier keine Anwendung.

d) Die Darlegung der Erkenntnißmittel einer Gewohnheit (denn was man sonst Beweismittel nennt, sind hier eigentlich nur Gegen=stände der Rechtsanschauung) kann nicht strenge an die Normen des gewöhnlichen Beweisverfahrens gebunden, sie muß auch in zweiter Instanz noch zulässig sein. Häufig tritt die Analogie des Beweises durch Sachverständige ein; s. Puchta a. a. O. Th. II. S. 176—198. v. Savigny a. a. O. Bd. I. §. 30. —

Die Erkenntnißmittel, welche die Partei dem Richter zu überliefern hat, müssen so beschaffen seyn, daß sie die Uebung, die derselben zum Grunde liegende rechtliche Ueberzeugung, dann die Gleichförmigkeit und Continuität solcher einem Rechtssatz entsprechenden Uebung außer Zweifel setzen. Außerdem braucht nicht auch noch die Vernunftmäßigkeit, die Genehmigung des Gesetzgebers, die Nichtunterbrechung und die Abwesenheit eines Irrthums bewiesen zu werden; s. Glück Commentar Th. I. S. 477. ꝛc.

Zu 17) Da die unmittelbare Erkenntniß einer rechtlichen Gewohnheit eigentlich in den Mitgliedern der Genossenschaft ruht, in welcher das Gewohnheitsrecht entstanden ist, und durch deren Enthüllung dem Richter erst die mittelbare Erkenntniß verschafft werden muß, so sind gemäß der Nov. 106. besonders für particuläre Gewohnheiten, hauptsächlich die Zeugnisse der Ortsobrigkeiten, der Vorstände und Glieder des betreffenden Collegiums, Gewerbs ꝛc. entscheidend,*) aber auch schriftliche Aufbewahrungen, wie Weisthümer, und die späteren Rechtsbücher können die hinlängliche Ueberzeugung gewähren, nicht minder sind die Rechtsparömien zu beachten, oder die Sprüchwörter, welche noch dermalen im Volke leben und als Ausdruck seiner gegenwärtigen Anschauung gangbar sind. — Wird der Beweis der Gewohnheits=

*) In Frankreich die actes de notoriété, welche vor dem Gericht des Sprengels, in welchem die Gewohnheit als bestehend behauptet wird, erhoben werden.

fälle durch Zeugen geführt, so muß derselbe eben auch auf die Qualification der einzelnen Fälle zur Erkennung einer Gewohnheit gerichtet werden, wie zu Fr. 16. im Allgemeinen bemerkt wurde, und die Zeugen müssen einen hinreichenden Grund ihrer Wissenschaft verrathen. Handelt es sich um gemeinrechtliche Gewohnheiten, welche durch das Medium wissenschaftlicher Verbreitung und Anerkennung hindurch gegangen sind, mithin nicht den volksmäßigen Charakter an sich tragen, so gilt die rerum judicatarum auctoritas als vorzügliche Erkenntnißquelle. Auch gedruckte Erkenntnisse läßt man als Beweismittel gelten; s. Schweppe a. a. O. §. 35. Bülow und Hagemann prakt. Erörter. Bd. I. no. 40.

Zu 18) Die Atteſtate der Behörden sollen nicht nur das allgemeine Zeugniß über die Existenz des Gewohnheitsrechts, sondern auch die einzelnen Acte der Uebung enthalten. Glück Comm. Thl. I. S. 475. Doch kann da, wo die Gewohnheiten verzeichnet und in öffentliche Bücher eingetragen sind, das Zeugniß lediglich auf den Grund dieser Bücher genügen, es sei nun, daß in einem Lande durch die Gesetzgebung die Ausmittelung der Localgewohnheiten angeordnet war, und deren Resultat von dem Justizministerium oder dem höchsten Gerichtshof bezeugt wird, oder daß ein solches Gericht das Zeugniß auf den Grund des Gerichtsbuches abgiebt, in welches die nach vorgängiger Prüfung anerkannten Gewohnheiten eingetragen zu werden pflegen, oder endlich, wenn es sich blos um die Fortdauer einer älteren geschriebenen Gewohnheitssammlung handelt; s. Archiv f. d. civil. Praxis Bd. XVIII. S. 87.

Außerdem wäre einem generell gefaßten gerichtlichen Zeugniß nach Leyser Vol. I. Spec. IX. Med. 9. — Glück Comment. Thl. I. S. 490. Kemmerich Diss. de prob. consuet. §. XVII. u. Wernher P. I. Obs. 38. — die Kraft eines halben Beweises zuzugestehen, da das Gericht die Vermuthung der Legalität für sich hat. Was die Zeugnisse der Sachkundigen anbelangt, so würden diese wohl wenig Glauben verdienen, wenn sie auf Befragen bestimmte Fälle aus eigenem Wissen gar nicht anzugeben vermögen, jedoch darf man es bei der traditionsweisen Bildung der gewohnheitsrechtlichen Grundsätze und bei der Art und Weise, wie das Bewußtseyn einer rechtlichen Gewohnheit sich öfters so allgemein im Volk oder in einer bestimmten Klasse verbreitet, daß man durch die vorhandene Gewißheit veranlaßt wird, sich um einzelne Fälle ihrer Erscheinung nicht mehr zu bekümmern, nicht zu strenge nehmen und nicht ohne weiteres ein Zeugniß verwerfen, welches nicht die Anführung einzelner Fälle enthält, wenn nur die

Versicherung des Ausstellers oder auch eines Zeugen vorliegt, daß es seines Wissens immer so gehalten worden sei; s. v. Bülow und Hagemann prakt. Erörter. Bd. I. S. 319. Wenn in Ansehung einer lehnrechtlichen Gewohnheit Schultheißen und Schöppen bezeugen, daß die fraglichen Grundstücke seither immer so verlehnrechtet wurden, daß dieses Verhältniß bestanden, so lange sie sich zurück erinnern könnten, daß sie von alten Leuten ihres Orts gehört, wie es immer so gehalten worden, daß sie auch von alten Leuten nie gehört, daß diesen noch ältere gesagt, daß jemals ein anderes Verhältniß bestanden habe, so kann die Ausstellung nicht gemacht werden, daß sie keine einzelnen Fälle benennen; bei der augenscheinlichen Häufigkeit derselben kann kein Bedenken obwalten, anzunehmen, daß sie auf den Grund zahlreicher eigener Wahrnehmungen ihre Aussagen erstatteten; s. Puchta Gewohnheitsrecht Th. II. S. 133. u. 142. Emminghaus Pand. d. gem. Sächsisch. Rechts. S. 228.

Zu 19) Wenn jeder der einzelnen gehörig qualificirten Uebungsfälle durch zwei Zeugen bewährt wird, so genügt es ohne Zweifel; testes singulares können zwar auch hier nicht so leicht zu einem vollen Beweis ausreichen, die einzelne Aussage über den Fall A. kann nämlich nicht durch eine einzelne Aussage über den Fall B. ergänzt werden. Es läßt sich aber wohl denken, daß mehrere unter sich zusammenhängende Momente eines Faktums durch testes singulares so bezeugt werden, daß sich die Aussage des Einen an die des Andern anschließt, und so können sich beide allerdings gegenseitig verstärken; s. Puchta a. a. O. Th. II. S. 192. Der Zeugenbeweis kann auch nie auf die Gewohnheiten in folle (mithin auf den Rechtsbegriff [richtiger: auf die innere Thatsache der vorhandenen Volksüberzeugung]), sondern nur auf die Fälle der Uebung gerichtet werden.

Zu 20). Solche können nur alsdann in Betracht kommen, wenn es sich um das Alterthum einer in Streit gezogenen Gewohnheit handelt, und die Zeugen bestätigen können, daß sie von sehr alten Leuten gehört haben, daß etwas immer und seit Menschengedenken nicht anders gewesen sei; s. Glück a. a. O. Th. I. S. 474.

Zu 21) In folle niemals; darüber ist man nun wohl einig, und die Autoritäten für die Zulässigkeit der Erfüllungseide s. Glück a. a. O. S. 490. werden auf die Beeidigung der einzelnen zur Begründung des G. R. geeigneten Thatsachen, von welchen der Schwörende Wissenschaft hat oder haben kann, einzuschränken seyn. Noch viel mehr Bedenken hat die Eidesdelation gegen sich, s. v. Ende jurist. Ausführungen no. XII., jedoch pflegt man auch ihr unter der eben ge=

dachten Beschränkung statt zu geben. S. Albrecht Rechtsfälle Bd. I. S. 218. Dr. Puchta das Gewohnheitsrecht Th. II. S. 193. [Ebenso Sintenis pract. gem. Civilrecht I. S. 50. (2. Aufl.) u. Schäffer im Arch. f. pract. Rechtswiss. IV. (1856), S. 318—328.]

Zu 22) Unzweifelhaft ist, daß die Gewohnheit innerhalb ihres eigenthümlichen Gebiets der Erklärung und Ergänzung der Gesetze Rechtssätze feststellen kann, und eben so gewiß ist, daß da, wo gemeines und particuläres Recht gilt, auch particuläre Gewohnheiten neben Ersterem bestehen können, ja sogar ihm vorgehen.

Sehr controvers ist aber die Frage, ob der Gewohnheit auch die Kraft beizulegen sei, bestimmte gesetzliche Vorschriften außer Wirkung zu setzen (desuetudo legis) und selbst andere Normen an die Stelle jener zu setzen (consuetudo legi contraria). Die Scholiasten suchten, indem sie ersteres bejaheten, letzteres verneinten, den Widerspruch der hier einschlagenden Gesetze zu heben. Es scheint aber diese Distinction der Haltbarkeit sehr zu entbehren, weil, wenn das nicht geschieht, was das Gesetz vorschreibt, doch immer etwas Anderes geschehen muß, was also nicht dem Gesetz gemäß ist. Das kanonische Recht beschränkt die derogirende Kraft der Gewohnheit gegen Gesetze auf den Fall eines verjährten Gebrauchs, c. 11. X. de consuet. 1. 4, läßt aber auch umgekehrt örtlichen Gewohnheiten und Statuten ihre fortwirkende Kraft, ohne durch ein neues allgemeines Gesetz erschüttert zu werden; s. c. 1. de constitut. in VI. (1. 2.) ipsis, dum tamen sint rationabilia, per constitutionem a se noviter editam, nisi expresse caveatur in ipsa, non intelligitur in aliquo derogare. [Ueber Beseitigung eines Privilegs (der Juden) durch Gewohnheit und Gerichtsgebrauch s. Seuff. Arch, f. Entsch. XIV. (1861), S. 169.]

Das römische Recht räumt der Gewohnheit nicht nur ausdrücklich in vielen Stellen die Wirksamkeit ein, Gesetzen zu derogiren, sondern es liegt auch zu sehr in der Consequenz dieses Rechtssystems, als daß es nur möglich wäre, anzunehmen, daß Gesetze nicht durch Gewohnheitsrecht sollten abgeändert oder aufgehoben werden können; s. l. 32. §. 1. l. 35. D. 1. 3. — §. 9. §. 10. J. de jure nat. — l. 5. C. 1. 14. — Nur die l. 2. C. 8. 53. erzeugte eine auffallende Schwierigkeit, indem sie ausspricht: consuetudines usus que longaevi non vilis auctoritas est: verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem. —

Die verschiedenen Erklärungsversuche dieser Gesetzesstelle s. Puchta a. a. O. Th. II. S. 203. ꝛc. — Glück P. C. Th. I. S. 517. und not. 27—29. Mackeldey §. 7. nota b. Dr. Jäger in Linde's Zeitschr.

Bd. IX. S. 430. Gesterding im civilist. Archiv Bd. III. no. 18. Den einfachsten Weg, die Schwierigkeit der l. 2. C. 8. 53. zu heben, findet v. Vangerow a. a. O. I. VI. Aufl. S. 49. §. 16., indem er den Gedanken also auffaßt: „eine Gewohnheit kann allerdings auch ein Gesetz aufheben, was aber dann eine Ausnahme leidet, wenn im Gesetz eine Clausel enthalten ist, daß dagegen auch keine künftige Gewohnheit sich bilden dürfe.“ Ein Gesetz kann nämlich nie der gesetzgebenden Gewalt eine Fessel für alle Zukunft anlegen, wohl aber durch ein Veto Fürsorge treffen, daß keine künftige Gewohnheit dagegen aufkommen solle. Am sichersten scheint man zu gehen, wenn man in dieser Stelle nichts Anderes sucht, als die allgemeinen Erfordernisse einer rechtlichen Gewohnheit. Dann sagt sie eigentlich nichts Neues und Abweichendes. Zu diesem Resultat kommt man auf folgende Weise. Es ist, wie v. Savigny a. a. O. §. 13. 18. 25. und S. 420. ꝛc. überzeugend lehrt, hier nur von Particulargewohnheiten [nach Sintenis pract. gem. Civilrecht, II. Aufl. I. §. 3. Anm. 44. von Lokalgewohnheiten] die Rede, im Gegensatz zur lex (worunter in der damaligen Zeit nur ein kaiserliches Landesgesetz verstanden werden kann) und zur ratio. Nun ist schon oben bemerkt worden, daß durch das Staatsverhältniß den particulären Gewohnheiten eine Schranke gesetzt sei, nämlich nicht weiter zu gehen, als sie mit dem allgemeinen Staatsinteresse bestehen können; cum nihil per causam publicam intervenit, quae diu servata sunt, permanebunt. l. 1. C. Th. de longa consuet. (5. 12.) Beispiele hievon s. in l. 26. §. 1. C. 4. 32. — l. 1. pr. D. 22. 1. — l. 3. §. 5. D. 47. 12. — C. 26. X. de testibus (2. 20.) c. 3. X. de consuet. (1. 4.) — c. 1. et 2. de consuet. in VIto (1. 4.) — Demnach kann durch eine Gewohnheit zwar den blos dispositiven (nach Savigny vermittelnden) Gesetzen, oder Präceptivnormen, nicht aber absoluten (gebietenden oder verbietenden) Gesetzen präjudicirt werden. Savigny a. a. O. Schweppe römisch. Privatr. Bd. I. §. 34. Mühlenbruch Lehrbuch des P. R. §. 38. u. 39. Hofacker Princ. jur. civ. §. 126. Erkenntniß der Hanseatisch. Appell. Ger. in Jakobsen neuer Sammlung handelsrechtlicher Abhandlung. S. 120. Puchta a. a. O. versteht unter der lex jene Gesetze höherer Art, deren Inhalt jede particuläre Abweichung ausschließt, und mit deren Rechtsprincipien gewisse Sätze, welche sich durch Gewohnheit geltend machen wollten, schlechterdings unverträglich sind, so daß nicht einmal ein jus singulare daneben gedacht werden kann. — Cocceji Jus controv. Lib. I. Tit. III. qu. XIV. läßt eine consuetudo legi contraria zu, wenn sie in den Gerichten, welche den Landesherrn

repräsentiren, anerkannt ist. Hier wird dann der Grundsatz angenommen, daß die auctoritas rerum judicatarum hauptsächlich von dem obersten Gerichtshof ausgehe, dessen Aussprüche für die untergeordneten Gerichte bindend seien, während coordinirte Gerichte sich selbst und sich gegenseitig durch ihre Aussprüche nicht binden; s. Thibaut System des P. R. §. 16. — Es heißt aber noch ferner in gedachter l. 2. C. 8. 53. consuetudo non vincit rationem. Man kann hierunter entweder die rationabilitas als Erforderniß einer rechtlichen Gewohnheit, nämlich wie in l. 39. D. 1. 3. ratio im Gegensatz des error (error non facit jus) oder wie v. Savigny lehrt, ratio utilitatis verstehen. Merkwürdig ist, daß Lib. II. Feud. 1. den umgewandten Satz enthält: legum autem Romanarum non est vilis auctoritas, sed non adeo vim suam extendunt, ut usum vincant aut mores.

Zu 23) Nur die Gerichtsnotorietät vermag dieses in der Regel, es wäre denn, daß eine Notorietät, welcher widersprochen wird, nicht ohne bösliche Chicane oder unverantwortliche Ignoranz abgeläugnet werden kann. S. Puchta a. a. O. Bd. II. S. 160. ꝛc. Aus diesem Gesichtspunkt wurde von einem Gerichtshof Frankreichs der Beklagte, welcher den Tod Napoleons läugnete und den Beweis des Todes forderte, verurtheilt. cf. c. 8. c. 10. X. de cohabitatione cleric.

Zu 24) Er wird dem error facti beigezählt. c. 1. de constitut. in VIto (1. 2.) quia tamen locorum specialium et personarum singularium consuetudines et statuta (cum sint facti et in facto consistant) potest probabiliter ignorare.

---

§. 3.

Von den Gesetzen.

a) Auslegung der Gesetze. — Gesetzeskritik.

Bei dem Gebrauch der Justinianischen Gesetzgebung ist das Bedürfniß einer Kritik bekanntlich dadurch entstanden, daß die Rechtsbücher nicht in dem gesetzlich sanctionirten Text auf uns übergegangen sind, und die — zwar in bedeutender Anzahl — vorhandenen Handschriften lückenhaft und unter sich abweichend sind, daher ein judicium suppletorium oder correctorium zu Hilfe kommen mußte, um die Mängel und Abweichungen der Manuscripte zu ergänzen und zu verbessern, wobei das allen anderen um mehrere Jahrhunderte vorangegangene Florentinische Pandektenmanuscript vorzüglich zur Grundlage dienen mußte.

Das Geschäft der Kritik*) besteht darin, die verschiedenen Handschriften zu sammeln, nach ihrem Alter und Werth zu ordnen, und von Zusätzen der Abschreiber zu reinigen: was man die niedere Kritik nennt; und in der höheren Kritik, welche eine doppelte Aufgabe hat:

a) durch Auswahl aus den Varianten des handschriftlichen Vorraths nach den leitenden Rücksichten der Uebereinstimmung der mehreren Manuscripte und ihres inneren Werths den wahren Text festzustellen. Hiezu gehört auch die Wahrnehmung einer richtigen Interpunction, Berichtigung der Abbreviaturen rc. und Reinigung des Textes von ungehörigen Zuthaten. Vergl. v. Savigny System I. Seite 241 ff.

b) Emendation des Textes durch Conjecturen, wo derselbe sinnlos oder sprachwidrig oder lückenhaft oder anderen zweifellosen Gesetzen widersprechend ist, (Conjecturalkritik) vgl. v. Feuerbach civilist. Vers. no. 3. Thibaut Versuche Th. I. no. 16.

Im Allgemeinen bedarf es zur Anwendung der Gesetze einer Ausmittelung dessen, was sich der Gesetzgeber bei den Worten dachte; interpretatio i. e. explicatio mentis legislatoris. Es wird dabei nicht nothwendig ein dunkles Gesetz vorausgesetzt, wie man sonst anzunehmen pflegte, s. l. 1. §. 11. D. 25. 4. Bucher System der Pandecten §. 25. v. Savigny System I. S. 318. Die Sprache dient dem Gedanken, dient ihm aber nicht immer treu und vollständig genug. Worte sind Begriffszeichen, aber nicht die Worte sind das Bindende, sondern der Gedanke. Daher sagt l. 19. D. 10. 4. verba legis captanda non esse, sed qua mente quid diceretur, animadvertendum, und l. 17. D. 17. D. 1. 3. scire leges hoc non esse, verba earum tenere, sed vim ac potestatem. — Vis verborum est verborum significatio. Die Bezeichnungen des Gedankens können auf verschiedene Art mangelhaft sein; entweder

A. durch Unbestimmtheit des Ausdrucks, und zwar: Unvollständigkeit; z. B. wenn ein Gesetz zu einem Rechtsgeschäft Zeugen erfordert, ohne deren Zahl zu bestimmen; s. Nov. 107. c. 1. oder Vieldeutigkeit: wenn der gewählte Ausdruck entweder ganz verschiedene Bedeutungen hat, oder wenigstens bald in einer engeren, bald in einer weiteren Bedeutung vorkommt, wo dann entweder Extensiv- oder Restrictiv-Interpretation eintreten muß,

*) Interessante Proben derselben s. v. Buchholz in Linde's Zeitschr. f. Civilr. u. Proceß. N. F. Bd. XII. H. 1. S. 134. rc.

je nachdem der Ausdruck weniger oder mehr enthalten kann, als der Gedanke.

B. Durch Unrichtigkeit des Ausdrucks: wenn nämlich der unmittelbar bezeichnete Gedanke von dem wirklichen Gedanken des Gesetzes verschieden ist; was wohl nur auf historischem Weg zu zu erkennen ist; s. Kritz Samml. von Rechtsfällen Bd. III S. 123.

Die Interpretation kann in diesen Fällen ausgehen, entweder:

a) von der gesetzgebenden Gewalt selbst (authentische Interpretation), welche gewöhnlich durch ein erläuterndes Gesetz geschieht, s. l. 12. §. 1. C. 1. 14. — l. 2. §. 21. C. 1. 17. oder mittelst der in ihrem Namen Recht sprechenden Behörden (Usual-Interpretation) l. 23. l. 37. l. 38. D. 1. 3. mos legum usitatus, quotidianus judiciorum usus, solitus judiciorum ordo. In beiden Fällen wird das Product die legale Auslegung genannt.

b) Aus der freien wissenschaftlichen Thätigkeit. (Doctrinal-Interpretation.)

Die legale Auslegung hat nicht nur den Vorzug, sondern schließt sogar die doctrinelle aus, deren Gebiet sich nur in Ermangelung der ersteren eröffnen kann. [Rücksichtlich der Legal-Interpretation fragt sich:

1) Unter welchen Voraussetzungen ist eine Anordnung des Gesetzgebers als authentische Interpretation anzuerkennen?

2) Ist einem erklärenden Gesetz rückwirkende Kraft beizulegen?

Zu 1) Dazu wird vorausgesetzt, daß die Anordnung entweder von dem Gesetzgeber ausdrücklich als Erklärung des älteren Gesetzes bezeichnet sei, oder daß wenigstens der Wille des Gesetzgebers in dieser Beziehung sich klar ergebe, daß außerdem wirklich die entscheidende Norm schon in dem interpretirten Gesetze liege und mithin nur dessen Sinn durch die neue Anordnung entwickelt werde. s. Pfeiffer pract. Ausführ. II. S. 385—400. Glück Comment. I. S. 216. Daher muß dem Richter ein Urtheil darüber zustehen, ob dieses innere Verhältniß zwischen dem erklärten und erklärenden Gesetz vorhanden sei. s. Bremer, in Bekker's Jahrbuch II. (1858), S. 246.

Zu 2) Nach Justin. R. (l. 12. §. 1. C. de legibus) ist der authentischen Interpr. unbedingte Rückwirkung beigelegt; allein da es sich hierbei um eine staatsrechtliche Frage handelt, so bindet uns das R. R. nicht, und in dem Wesen eines erklärenden Gesetzes liegt an sich kein Grund, seine Wirksamkeit von anderen Gesetzen auszuscheiden; es ist ihm daher weder eine unbedingte, noch auch nur eine bedingte Rückwirkung

beizulegen, denn ein erklärendes Gesetz ist als eine von der Gesetzgebung erlassene neue Vorschrift über den Sinn, in welchem eine frühere gesetzliche Bestimmung zur Anwendung gebracht werden soll, aufzufassen. Ein erklärendes Gesetz kann nur insofern rückwärts wirken, als die vom Gesetzgeber dargelegte Ansicht über den Sinn der älteren Vorschrift die freie Ueberzeugung zu bestimmen geeignet ist. Bluhme, Encyclop. (1854), Abth. I. §. 67. Bremer über authent. Interpr. in Bekker's Jahrbuch II. S. 283—298.)] Bei der doctrinellen Auslegung fragt sich insbesondere:

1) Welche Methoden kann die doctrinelle Auslegung beobachten, und wie wird sie hienach eingetheilt?
2) Ist einer derselben ein Vorrang vor der andern zuzuschreiben, und welcher?
3) In wie ferne ist die Auslegung eines Gesetzes aus einem generellen Grund zu beschränken oder ganz zu vermeiden?
4) Für welche Rechtsverhältnisse ist die restrictive Auslegung besonders vorgeschrieben?
5) Können Gesetze auch auf Fälle, über welche sie nicht unmittelbar disponiren, durch bloße Argumentation angewendet werden?
6) Sind auch solche Gesetze, welche die Natur einer Ausnahme von der Regel bilden, z. B. welche ein jus singulare enthalten, zur Analogie tauglich, und können umgewandt Sätze des jus commune auch bei Singularrechten analogisch dienen?

Zu 1) Man nahm sonst zweierlei Methoden an, die grammatische, und die logische Auslegung, und setzte die historischen Hilfsmittel mit jener, die wissenschaftlichen mit dieser in Verbindung. Es sind doch aber eigentlich vier Elemente, mit welchen die Einsicht in den Inhalt eines Gesetzes erschöpft wird; das logische, welches auf die Gliederung des Gedankens, also auf das logische Verhältniß geht, in welchem die einzelnen Theile desselben zu einander stehen; — das historische, welches den zur Zeit des gegebenen Gesetzes für das vorliegende Rechtsverhältniß durch Rechtsregeln bestimmten Zustand zum Gegenstand hat; das grammatische, welches sich mit der Darlegung der vom Gesetzgeber angewendeten Sprachgesetze beschäftigt; und das systematische, welches sich auf den inneren Zusammenhang bezieht, welcher alle Rechtsinstitute und Rechtsregeln zu einer großen Einheit verknüpft; s. v. Savigny System Bd. I. §. 32.

Zu 2) Den ersten Rang behauptet die grammatische Auslegung, indem sie den Sprachgebrauch des Gesetzgebers selbst aufsucht, wenn sich ein solcher aus Parallelstellen oder aus einer sonstigen Erklärung desselben über die Bedeutung seiner Worte auffinden läßt, außerdem aber den gemeinen Sprachgebrauch des Orts und der Zeit der Abfassung des Gesetzes, und wenn dieser mehrfach ist, die gewöhnliche Bedeutung des Worts berücksichtigt. Sie kann zwar auch der logischen und historischen Hilfsmittel nicht leicht entbehren, s. l. 29. D. 1. 3. man darf aber auch nicht mit den letzteren über die Gränzen der grammatischen Sinnesarten völlig hinausschreiten; s. l. 7. §. 2. D. 33. 10.

Führt der grammatische Auslegungsversuch nicht zu einem bestimmten Resultat, so muß die doctrinelle Auslegung das Verständniß des Gesetzes zu schöpfen sich bemühen:

a) aus dessen innerem Zusammenhang s. l. 24. D. 1. 3. und aus dessen Zusammenhang mit der Gesetzgebung überhaupt;
b) aus den vor und nachher gegebenen Erklärungen des Gesetzgebers;
c) aus dem Zusammenhang des Gesetzes mit seinem speciellen Grund, wenn über diesen Gewißheit obwaltet; l. 20. l. 21. D. 1. 3. Guyet Abhandl. no. VII. S. 166.;
d) aus Zeugnissen gleichzeitiger Schriftsteller;
e) aus den Regeln, welche für einzelne Materien des Rechts besonders vorgeschrieben sind, z. B. daß der vernünftigere und billigere, sowie derjenige Sinn zu befolgen ist, durch welchen der Zweck des Gesetzes am besten erreicht, oder auch durch welchen das Geschäft am besten aufrecht erhalten werden kann; l. 9. l. 67. l. 90. l. 183. D. 50. 17. Thibaut Versuche Th. I. S. 336. Glück P. C. Bd. I. S. 226. und 241.

Zu 3) Der Grund des Gesetzes kann aufgefaßt werden, entweder aus den schon vorhandenen höheren Rechtsregeln, als consequente Durchführung derselben, oder aus der Wirkung, welche durch dasselbe hervorgebracht werden soll, indem der Zweck des Gesetzes auf das demselben entsprechende Mittel zu schließen berechtigt. Die letztere Auffassung gilt vorzüglich beim jus singulare, wogegen beim jus commune meistens die erstere vorherrschen wird. Aus einem generellen Grund darf aber nicht zu einer Auslegung geschritten werden, durch welche der Ausdruck des Gesetzes als unrichtig angenommen und einer Berichtigung unterworfen werden soll. In diesem Fall ist auch das argumentum a contrario gefährlich; s. v. Savigny System I. S. 238. u. 261. Außerdem kann auch ein allgemeiner Grund dienen, z. B.

wenn der Inhalt eines Gesetzes nur überhaupt auf aequitas beruht, was bei dem jus commune der neueren Zeit angenommen werden muß, so ist unter zwei an sich möglichen Erklärungen diejenige vorzuziehen, welche durch die aequitas gerechtfertigt wird; l. 8. C. 3. 1.

Zu 4) Bei Singularrechten, insonderheit Privilegien, gilt die engere, d. i. vom gemeinen Recht am wenigsten abweichende Auslegung, l. 14. D. 1. 3. doch ohne dem Zweck des Privilegiums Eintrag zu thun; l. 3. D. 1. 4. ingleichen bei Strafgesetzen.

Zu 5) Wenn wir unsere Rechtsquellen zur Entscheidung einer speciellen Rechtsfrage nicht zureichend finden, so haben wir die Ergänzung zu suchen in dem Organismus des positiven Rechts oder der nothwendig vorauszusetzenden inneren Consequenz des Rechts. Das Verhältniß der durch dieses Verfahren gefundenen Rechtssätze zu dem gegebenen positiven Recht heißt Analogie; l. 12. l. 27. l. 32. D. 1. 3. — l. 2. §. 18. C. 1. 17. [Die Analogie unterscheidet sich von der Extensivinterpretation, indem erstere den Rechtssatz auf Fälle, welche der Gesetzgeber nicht im Sinne gehabt hat, letztere nur auf solche Fälle, welche der Gesetzgeber nicht ausgedrückt, aber doch im Sinne gehabt hat, erstreckt. Jene ist also schöpferische (v. Savigny: „organische") Erweiterung des Rechts, diese nur Entfaltung des geschaffenen Rechts. Vergl. Stahl Philos. d. Rechts, II. 1. S. 166. v. Savigny System I. S. 290 ff.] Die Argumente, deren man sich gewöhnlich bedient, um den Umfang eines Gesetzes auszumitteln, sind:

a) das argumentum a majori ad minus l. 21. D. 50. 17;
b) das argumentum a contrario. Es kann nämlich eine Regel bis zu einer bestimmten Gränze dergestalt ausgesprochen sein, daß darin der bestimmte Gedanke enthalten ist, jenseits dieser Gränze soll das Entgegengesetzte gelten;
c) der Schluß vom Zweck auf die Mittel; l. 2. D. 2. 1. — l. 11. pr. §. 1. D. 8. 4, sowie
d) aus dem Grund des Gesetzes, welcher aber nicht bloß ähnlich, sondern gleich seyn muß; l. 12. §. 1. C. 1. 14. Nov. 118. c. 1. pr. — l. 37. l. 38. D. 1. 3. um entweder Fälle unter das Gesetz vermöge seines Grundes zu subsumiren (ubi eadem ratio legis, ibi eadem dispositio) oder wegen Abwesenheit des Grunds davon auszuschließen (cessante ratione legis cessat lex ipsa), oder wegen des entgegengesetzten Grundes entgegengesetzt zu entscheiden, ubi contraria ratio, ibi contraria dispositio. Daß der Gebrauch dieser Regeln nur sehr vorsichtig und mit Beschränkung zu machen sei, ist schon aus den bisherigen Bemerkungen abzunehmen. Insbe=

sondere ist bei der Regel cessante ratione etc. wohl zu erwägen, ob das Gesetz nicht mehrere Gründe habe, welche eben so wohl Einschränkung als Ausdehnung zulässig machen können, — ferner daß durch das Aufhören seines Grundes das Gesetz noch nicht aufhört, s. Thibaut System des Pand. R. IX. Ausg. §. 51. v. Savigny, System I. §. 46., und daß außerordentlicher Fälle wegen ein Gesetz weder eingeschränkt noch ausgedehnt werden kann; l. 3—6. D. 1. 3.

Zu 6) Das Erstere muß verneint, s. l. 13. §. C. 7. 62. das Letztere bejaht werden, s. v. Savigny System, I. S. 293 ff.

---

§. 4.

b) Von Anwendung der Gesetze.

a) Im Allgemeinen.

Vor allem ist der Charakter der Gesetze in das Auge zu fassen, und die allgemeine Bedingung ihrer Wirksamkeit.

Ersterer besteht bekanntlich im Anordnen: legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire. l. 7. D. 1. 3. Die Gesetze enthalten entweder absolute oder gebieterische [oder s. g. zwingende] Rechtsregeln, wobei die Form entweder befehlend, oder verbietend seyn kann, oder bloß dispositive. Letztere lassen zunächst dem individuellen Willen freie Macht, und nur wo dieser unterlassen hat, seine Macht auszuüben, tritt die Rechtsregel an seine Stelle, um dem Rechtsverhältniß die nöthige Bestimmtheit zu geben; v. Savigny System Th. I. S. 58. Die Regeln der ersten Art haben die römischen Juristen am häufigsten als jus publicum, auch als jus schlechthin, als jus commune oder juris forma bezeichnet, für die Regeln der zweiten Art findet man keine regelmäßig wiederkehrende Bezeichnung [am häufigsten: receptum est.] In l. 7. §. 14. l. 27. §. 4. D. 2 14. — l. 12. §. 1. D. 23. 4. — l. 27. D. 50. 17. ist der Charakter dieser Regeln, welche man als Auslegungen oder Supplemente des unvollständig gebliebenen Willens betrachten kann (weshalb sie v. Savigny a. a. O. §. 16. vermittelnde nennt), als res familiaris, privata — ad *voluntatem* spectans in l. 7. §. 14. l. 27. §. 4. D. 2. 14. — l. 12. §. 1. D. 23. 4. — l. 27. D. 50. 17. bezeichnet.

Die Wirksamkeit der Gesetze hat einen verschiedenen Umfang a) in subjectiver und b) in objectiver Beziehung:

a) als jus commune oder jus singulare, je nachdem sie das als allgemeine Regel geltende Recht, oder die Abweichungen davon, nämlich die Singulärbestimmungen aussprechen, welche irgend ein gemeiner Vortheil für gewisse Personen, Classen oder Fälle postulirt hat;

b) nach geographischem Umfang: 'als Landesrecht, Provincialrecht, Stadt= [oder Local=] recht, Statuten, Marktordnungen u. s. w.

Die positiven Quellen des gemeinen in Deutschland geltenden Rechts sind nächst den einheimischen Gesetzen der Bundesstaaten, die deutschen Bundesgesetze, in so weit sie von den Bundesgliedern in ihren Ländern speciell promulgirt sind, hiernächst das römische Justinianische Recht, beziehendlich das kanonische Recht, in manchen Beziehungen auch das Mosaische Recht, und was die Lehensverhältnisse betrifft, das Longobardische Lehenrecht.

Von den ehemaligen Reichsgesetzen kommen außer dem Reichsdeputations=Hauptschluß v. J. 1803, vorzüglich in Betracht: 1) Karls IV. goldene Bulle v. J. 1356. — 2) Der Reichsschluß v. J. 1495. — 3) Die Notariatsordnung v. J. 1512. — 4) Die Kreisordnung v. J. 1521. — 5) Die Reichspolizeiordnungen v. J. 1530. 1532. 1548. 1577. — 6) Die Reichsabschiede v. J. 1548. 1551. 1555. 1567. 1576. —, 7) Die Kammergerichtsordnung v. J. 1555. — 8) Die Münzordnung v. J. 1559. — 9) Die Reichshofrathsordnung v. J. 1559. u. 1654. — 10) Die Executionsordnung v. J. 1558. — 11) Karls V. peinliche Halsgerichtsordnung v. J. 1532. — 12) Die Reichsmatrikel v. J. 1521. — 13) Der jüngste Reichsabschied v. J. 1654. — 14) Der Reichsdeputations=Abschied v. J. 1600. — 15) Die Kaiserliche Constitution auf dem Reichstag zu Speier v. 23. April 1529: die Succession der Bruder= und Schwesterkinder betr., vgl. Sintenis gem. Civil. II. Aufl. S. 21. not. 45. Weiß System d. heutigen deutsch. Staatsrechts §. 12. not. 6. — Gegen die Ansicht, daß mit dem deutschen Reich auch die Giltigkeit seiner Gesetzgebung erloschen sei, s. v. Savigny System Bd. I. S. 4. Ueber die Wirkungslosigkeit der desfallsigen Bestimmung in der Rheinbundsacte Art. 2. s. v. Berg Abh. zur Erl. der Rheinb. Acte Th. I. Abh. 3.

Ueber das Verhältniß der verschiedenen Rechte zu einander ist folgendes zu beachten:

1) Immer geht das Specielle dem Generellen in materieller wie in geographischer Beziehung vor. In toto jure generi per

speciem derogatur. l. 80. D. 50. 17. — l. 41. D. 48. 19. Willkür bricht Stadtrecht; Stadtrecht bricht Landrecht; Landrecht bricht gemeines Recht; s. Eichhorn deutsch. Privatr. §. 30.

2) Die recipirten fremden Rechte gelten nur subsidiär, jedoch dürfen die einheimischen, in soweit jene als ihre Quelle zu betrachten sind, aus jenen, und mithin auf die am wenigsten von jenen abweichende Weise erklärt werden; Mühlenbruch Pand. Bd. I. §. 69.

3) Die Justinianeische Gesetzgebung gilt, da sie nicht unmittelbar von den Römern auf uns gekommen ist, sondern durch Vermittelung der Glossatoren vermöge des Grundsatzes: quicquid non agnoscit glossa, nec agnoscit curia, nur in so weit, als ihre Bestimmungen den Glossatoren bekannt, und von ihnen, wenn auch nicht gerade mit einer Glosse versehen, doch als geltend berücksichtigt worden sind; s. Glück Comment. Thl. I. §. 64. In den Digesten sind z. B. nicht glossirt: l. 7. §. 5. l. 8. — 11. D. 48. 20. — l. 10 — 19. D. 48. 22. Die leges restitutae, welche in den Handschriften der Glossatoren gefehlt hatten, und erst in neueren Zeiten wieder hergestellt worden sind, z. B. aus dem Titel de bonis damnatorum und aus dem Titel de interd. et relegat. l. 10 — 19. gelten auch nicht in praxi, weil sie nicht glossirt sind; s. Glück a. a. O. Thl. I. §. 52. Ein Verzeichniß der vielen nicht glossirten Stellen des Codex findet sich in Sintenis pr. gem. Civilr. Bd. I. S. 13. und der nicht glossirten Novellen, ebend. S. 12; Bucher System der Pandecten Ausg. 3. S. 19. not. 3; Glück a. a. O. Thl. I. S. 334; Hugo Lehrb. d. jurist. Encyclopädie S. 186. Ueber den Gebrauch der nicht glossirten Novellen s. v. Savigny System Bd. I. S. 75. Die Glossen selbst haben keine andere Autorität, als die Ansichten anderer Interpreten.

Hinsichtlich der einzelnen Theile des römischen Rechts ist die Rangbestimmung folgende:

Die Novellen haben unstreitig als das neuere Recht den Vorzug, und unter ihnen selbst wieder stets die jüngere, nam lex posterior derogat priori. Ob jedoch den Novellen des Kaisers Leo in Deutschland gesetzliche Kraft beizulegen sei, ist bestritten, die Negative aber überwiegend.*)

*) S. v. Savigny System Bd. I. §. 17. S. 70. Glück Comment. Thl. I. §. 65.

In Betreff der übrigen Theile des Justinianischen Rechts werden sich die verschiedenen Meinungen der Gelehrten dahin vereinigen lassen:

a) die Hauptaufgabe ist, in Gemäßheit der von Justinian deutlich erklärten Absicht, mittels seiner drei Rechtsbücher ein zusammenhängendes Ganzes aufzustellen, immer die: eine Vereinigung der widersprechenden oder sich zu widersprechen scheinenden Gesetzesstellen zu erstreben.

b) Gelingt dieses nicht auf systematischem und allenfalls historischem Weg, so gebührt dem Codex das Uebergewicht, denn er beruht in der repetita praelectio (auf einer Revision des damals geltenden Rechts) und hat fast ausschließend eine praktische Tendenz, während die Institutionen und Pandecten vieles blos wissenschaftliche Material enthalten.

Daß aber der Codex den im Jahr 533 vom Kaiser bestätigten Pandecten und Institutionen im eigentlichen Sinn derogire, läßt sich darau, daß er ein Jahr später (Ao. 534.) promulgirt wurde, deswegen nicht begründen, weil Justinians ausdrückliche Intention auf ein übereinstimmendes Ganzes bei den drei Rechtsquellen gerichtet war. Derogirend könnten daher höchstens die wenigen zwischen der Gesetzeskraft der Pandecten und der Promulgation des Codex erschienenen Constitutionen sein, deren man 11 zählt, wovon aber mehrere kirchlichen oder publicistischen Inhalts mit den Digesten gar nicht in Widerspruch kommen können und nur 6 das Privatrecht betreffende neues Recht einführen wollen, namentlich l. 2. C. 2. 59. — l. 29. C. 5. 4. — l. 31. C. 6. 23. l. un. C. 6. 51. — l. 15. 6. 58. — l. un. C. 7. 6. —

c) Unter den einzelnen Constitutionen hätte in gleicher Art die neuere den Vorzug vor der älteren, sowie die Novellen den Authentiken im Codex vorgehen, von welchen auch nur die Fridericianischen selbständige gesetzliche Kraft erlangt haben.

d) Die Pandecten (publicirt den 16. December 533) und die Institutionen (publicirt am 21. November 533), beide zugleich am 30. December 533 durch kaiserliche Bestätigung in Gesetzeskraft getreten, haben gegenseitig keinen absoluten Vorzug; gelingt es daher nicht, auf systematischem oder historischem Weg eine Vereinigung widersprechender Institutionen- und Pandectenstellen zu bewirken, so bleibt nichts übrig, als derjenigen den Vorzug zu geben, welche den übrigen unzweifelhaften Grundsätzen der Justinianischen Gesetzgebung am meisten entspricht. Die Meinungen der Rechtsgelehrten sind übrigens über diesen Punkt sehr verschieden; für

den Vorzug der Institutionen vor den Pandecten spricht Thibaut in d. civilist. Abh. no. 6. v. Löhr im Magazin ꝛc. Bd. III. no. 7. Haubold Praecogn. jur. Rom. priv. §. 16. — Gerade umgekehrt statuirt Mackeldey im Lehrbuch d. h. R. R. §. 96. —

Die neueste scharfsinnige und gründliche Erörterung dieser wichtigen Fragen, s. Savigny System, Bd. I. §. 43. ꝛc. Schilling, Lehrb. für Institutionen und Geschichte des röm. Privatrechts Bd. II. §. 18. u. 19.

Das kanonische Recht geht dem römischen in privatrechtlichen Gegenständen nur bei absichtlicher Veränderung vor, welche jedoch im Zweifel nicht vermuthet wird. Außerdem kann aber dem einen oder dem andern Recht auch durch neuere Gesetze oder Gewohnheit und Gerichtsbrauch der Vorrang eingeräumt seyn. Boehmer J. E. P. Lib. I Tit. II. §. 70 — 73. Lib. III. tit. 17. §. 6. Glück Comment. I. §. 66. v. Wening-Ingenheim Bd. I. S. 22. §. 9.

Besonders ist dies der Fall, wo die Reichsgesetze einen Satz des kanonischen Rechts gemißbilligt haben, wie z. B. das durchgängige Zinsenverbot, und wenn in evangelischen Ländern die Grundsätze des evangelischen Kirchenrechts einem kanonischen Satz des Privatrechts widersprechen.

Nächst den bis hieher unbestrittenen Sätzen nehmen folgende Fragen unsere Erwägung in Anspruch.

1) Da die Wirksamkeit eines Gesetzes durchaus auf dessen gehöriger Bekanntmachung beruht, mithin das Gesetz die im Lande eingeführte Publicationsart darlegen muß, so frag sich, ob nicht blos bei auswärtigen, sondern auch bei einheimischen Gesetzen der Beweis der Publication aufzulegen sei?
2) Wer wird durch ein Gesetz verpflichtet, oder in wie ferne stehen Personen, Sachen, Handlungen unter seiner Herrschaft? insbesondere auch der Regent?
3) Da nicht alle Gesetze in gleichem Grad die Willkür der Unterthanen binden, sondern zwischen den Bestimmungen des öffentlichen und des Privatrechts ein Unterschied obwaltet, so fragt sich, ob den ersteren giltig entsagt werden könne?
4) Kann eine nach den Gesetzen ungiltige oder unwirksame Verbindlichkeit durch eidliche Bestärkung wirksam werden?
5) Kommt in Ansehung der Klagbarkeit eines von Inländern auswärts geschlossenen Geschäfts allemal nur das auswärtige Recht in Anwendung, und, wenn die Frage entsteht, ob dasselbe im Ausland in fraudem legis gepflogen wurde, ist

neben dem Factum der Umgehung einheimischer Gesetze auch zu beweisen, daß der Handelnde wirklich die Absicht hatte, diese zu umgehen?

6) Was hat der Richter zu thun, im Fall sich verschiedene Gesetze widersprechen?

7) Hört ein Gesetz von selbst auf durch das Aufhören seiner Gründe?

8) Wird ein älteres specielles Gesetz durch ein neues generelles eo ipso unwirksam gemacht?

9) In Ansehung der verschiedenen Aufhebungsarten eines Gesetzes durch abrogare, derogare, obrogare und subrogare fragt sich, insbesondere, wenn ein Gesetz nur theilweise aufgehoben wird, ob dann die nicht aufgehobenen Theile als fortbestehend zu betrachten sind?

10) Erstreckt sich das Richteramt auch auf die Befugniß, die Gesetzeskraft landesherrlicher Verordnungen zu prüfen? Welche Autorität kommt Ministerial-Entschließungen zu?

11) Wie weit geht das officium judicis den Partheivorträgen gegenüber?

Zu 1) Mehrere behaupten, daß im Fall des Widerspruchs dem Alleganten nicht blos bei auswärtigen, sondern auch bei einheimischen Gesetzen der Beweis der Publication aufzulegen sei; s. Glück Comment. I. §. 19. 20. Leyser Sp. VII. Med. 1. u. 16. Vol. XII. Suppl. I. Vorzüglicher scheint indessen die Ansicht derjenigen, welche die Publication als einen Theil des Gesetzes und der dem Richter obliegenden Gesetzeskenntniß betrachten, mithin einen Beweis nicht fordern, vielmehr die Erkenntniß des Richters als von Beweisführungen der Partheien ganz unabhängig statuiren. Schweppe Röm. Privatr. Bd. I. §. 21.

Unbestritten ist übrigens, daß der Fortbestand eines jeden Gesetzes so lange angenommen werden muß, als nicht dessen Aufhebung bewiesen ist. Lex semper loqui praesumitur. l. 27. C. 6. 23.

Zu 2) Das Gesetz übt seine Kraft nur innerhalb des landesherrlichen Gebiets aus, und zwar:

b) in Ansehung persönlicher Verhältnisse, über Alle, welche den ständigen Unterthans-Charakter haben;

b) in Betreff der Sachen, über Alle, welche Güter im Lande haben — subditi reales;

c) in Ansehung der im Landesbezirk vorfallenden Handlungen, auch gegen Solche, welche darin nur einen vorübergehenden Aufenthalt haben — subditi temporarii;

d) gegen den Regenten selbst, in den Fällen, wo er nur als privatus in Betracht kommt, oder wenn er aus Verfügungen der Unterthanen erwerben will. Stryck Us. mod. Lib. I. tit. III. §. 9. Schweppe §. 6. S. 16.

Vergl. übrigens die folgenden Erörterungen über örtliche und zeitliche Begränzung der Gesetze.

Zu 3) Jus publicum privatorum pactis immutari nequit, es darf daher weder gegen dasselbe, noch zur Umgehung desselben (in fraudem legis) gehandelt werden. l. 38. D. 2. 14. — c. 64. de reg. jur. in VIto. — l. 5. C. 1. 14. — l. 21. l. 29. l. 30. D. 1. 3. l. 14. §. 5. D. 40. 9. — l. 3. §. 3. D. 14. 6. — l. 29. §. 1. D. 16. 1. — l. 64. §. 1. D. 35. 1., und eben so wenig kann demselben giltig entsagt werden, l. 6. C. 2. 3.; daher nach der überwiegenden Meinung auch einem Moratorium nicht wirksam im Voraus entsagt werden kann, s. Muhl von Moratorien, 2. Aufl. S. 218. §. 99. Dagegen hat bei privatrechtlichen Gesetzesbestimmungen die Willkür zwar freies Spiel, jedoch darf man die Regel: pacta dant legem contractui, und provisio hominis tollit provisionem legis nicht in dem ausgedehnten Sinn nehmen, als ob gegen absolut gebietende oder verbietende Gesetze gehandelt werden dürfe, s. Glück Comment. Thl. I. S. 103. u. 177.

Zu 4) Dieser Gegenstand findet im folgenden Kap. II. §. 6. von Aufhebung der Rechte nähere Erörterung. Im Allgemeinen muß unterschieden werden zwischen Prohibitivgesetzen und bloßen Präceptiv-Normen. Gegen erstere findet unstreitig keine eidliche Verpflichtung statt, bei letzteren spricht für gleiche Negative wohl auch l. 7. §. 16. D. 2. 14. und die Autorität mehrerer Rechtsgelehrten, s. Glück a. a. O. Thl. IV. §. 341. Doch scheint die bejahende Meinung, welche auf das kanonische Recht gebaut wird, die herrschende zu sein; Boehmer J. Eccl. Pr. T. I. Lib. II. tit. 24. §. 29. 2c.

Zu 5) Was da, wo es vorgenommen, oder wo contrahirt worden, nicht de genere prohibitorum ist, muß überall gelten, wenn nicht das Gesetz des Landes, wo es geltend gemacht wird, dem Geschäft die Anerkennung versagt; auch ein unter der Herrschaft anderer Gesetze geschlossenes und nach ihnen erlaubtes Geschäft kann nicht an einem Ort, wo es verboten ist, zum Vollzug gebracht werden, s. Weber v. d. natürlichen Verbindl. §. 63.

In Verhältnissen des öffentlichen Rechts steht insonderheit der Grundsatz entgegen: leges non valent extra territorium. Wenn eine im Ausland erlaubte Handlung im Inlande verboten ist, und die Parteien sie zur Umgehung der einheimischen Gesetze im Ausland vornehmen, so hat sie keine Giltigkeit, es muß aber auch klar sein, daß sie dabei wirklich die Absicht gehabt haben, das einheimische Gesetz zu umgehen. l. 29. §. 1. D. 16. 1. — l. 14. §. 5. D. 40. 9.

Zu 6) Nachdem bereits oben über das Verhältniß der einheimischen und fremden recipirten Rechte, sowie der allgemeineren und specielleren Rechte das Nöthige bemerkt worden ist, und rücksichtlich des Verhältnisses der älteren und neueren Gesetze durch die bekannte Regel lex posterior derogat priori ein Widerstreit von selbst beseitiget ist, so bleibt nur noch die Collision gleichzeitiger und coordinirter oder neben einander bestehender Gesetze für unsere Betrachtung übrig. Es fragt sich demnach, ob bei den in einzelnen Parcellen desselben Landes oft verschiedenen oder auch sogar widerstreitenden Vorschriften nach den Gesetzen des Wohnorts, oder der gelegenen Sache, oder des errichteten Geschäfts, oder des Gerichtsstandes der anhängigen Sache zu entscheiden sei, — vorausgesetzt nämlich, daß darüber nicht die Parteien — soweit es in ihrer Befugniß lag, — eine eigene Bestimmung getroffen haben.

Man begegnet hier zunächst der aus dem Territorial-System entwickelten Theorie der statuta personalia, realia und mixta, woraus sich folgende ziemlich allgemein angenommene Grundsätze bildeten: 1) Rechtsverhältnisse in Beziehung auf Immobilien sind stets nach den Gesetzen des Orts der gelegenen Sache; 2) Rechtsverhältnisse in Beziehung auf Mobilien — einzeln betrachtet — nach den Gesetzen des Wohnorts des Eigenthümers zu beurtheilen, und eben so als Gesammtheit oder als Theil eines Vermögensganzen in Betracht kommend; 3) die formelle Giltigkeit eines Geschäfts richtet sich nach den Gesetzen des Orts der Errichtung; 4) über die persönlichen Rechte endlich entscheiden die Gesetze des Domicils. Für diese Grundsätze wird von Mehreren sogar eine gemeine deutsche Praxis behauptet; s. Thibaut System d. P. R. §. 38. Kierulff Theorie d. Civilr. Bd. I. S. 75. Mehreres hierüber s. die folgende Erörterung §. 6. lit. V. über örtliche Begränzung der Gesetze.

Zu 7) Nein; sondern nur durch einen Act des Gesetzgebers, l. 85. §. 1. D. 50. 17.

Zu 8) Diese Frage ist in der Regel zu verneinen; l. 80. D. 50. 17. c. 1. de constitution. in VIto (1. 2.) l. 41. D. 48. 19. ausge-

nommen, wenn die Absicht absoluter Allgemeinheit klar aus dem Gesetz erhellt; l. 3. §. 5. D. 47. 12. Daher können, wenn neben der älteren Regel Ausnahmen bestanden haben, diese nicht auch durch eine neue Regel als aufgehoben betrachtet werden, sondern sie bestehen auch neben der neuen Regel fort, wenn sie nicht nothwendig durch die neue Regel berührt werden; s. v. Gönner jurist. Abh. Bd. I. no. 7; Thibaut civilist. Abh. Bd. I. no. 7. Bd. II. no. 35. v. Gönner Handb. d. Proz. Bd. II. no. 33. §. 11. B. IV. no. 78. §. 2. Z. B. die Ausnahmen von den 6 pCt. Zinsen des R. R. sind durch die 5 pCt. des deutschen Rechts nicht aufgehoben. — Dagegen fallen bloße Folgesätze der alten Regel durch die Aufhebung dieser von selbst hinweg; z. B. die im R. R. vorkommenden Beispiele zuläßiger leges commissoriae bei dem Pfand sind nicht mehr anwendbar, seitdem die lex commissoria selbst aufgehoben ist; s. v. Savigny System a. a. O.

Zu 9) Ist zu bejahen; ein Beispiel s. l. 32. §. 6. C. 7. 62. vgl. Thibaut logische Auslegung §. 20.

Zu 10) Diese Frage hat entgegengesetzte Ansichten hervorgerufen; verneinend erklärt sich Linde im civilist. Archiv. Bd. XVI. no. XIII; dagegen bejahend, besonders in Beziehung auf constitutionelle Staaten, Zachariä ebend. no. VI., im gleichen Sinn auch Struve über das positive Rechtsgesetz (1834), und Wächter im civilist. Archiv Bd. 24. S. 238, insbesondere in Beziehung auf Bayern s. Seuffert u. Glück Blätter für Rechtsanwendung Bd. V. S. 151., womit auch die Sächsischen und Würtembergischen Gerichtshöfe, wie Wächter a. a. O. bezeugt, übereinstimmen. — Wenn — sagt derselbe — der Richter, als Organ des Gesetzes nicht befugt und verpflichtet wäre, bei Anwendung einer als Gesetz sich ankündigenden oder in den Kreis der Gesetzgebung eingreifenden Verfügung nach dem bestehenden Verfassungsrecht zu untersuchen, ob sie wirklich ein Gesetz sei, d. h. ob sie diejenigen Erfordernisse habe, welche nach der Verfassung zu einem giltigen Gesetze gehören, so würde dieß dahin führen, den Richter in seinem Berufe der vollziehenden Gewalt zu unterwerfen, seine verfassungsmäßige Unabhängigkeit, und eben so auch das Recht des Bürgers, nur verfassungsmäßigen Gehorsam der vollziehenden Gewalt schuldig zu seyn, aufzuheben. Mit diesen Grundsätzen steht im Gegensatz die K. Hannöverische Verordn. vom 17. Januar 1840, welche dergleichen als unerlaubte Anmaßung mit Strafe bedroht. [Linde a. a. O. will dem Richter zwar eine Untersuchung über das Erforderniß der Publication, nicht aber über die Gesetzmäßigkeit der Entstehung des Gesetzes zulassen. Puchta Pandecten, §. 15. bemerkt, es könn

dem Richter nicht ohne Inkonsequenz und begründete Schmälerung seines Berufs das Urtheil über verfassungsmäßige Promulgation und Publication des Gesetzes entzogen werden. Jordan im Arch. f. civ. Praxis VII (1824) S. 214 sagt: „Die Beurtheilung der Giltigkeit eines Gesetzes steht den Gerichten unbedingt zu und hat die Untersuchung, ob das fragliche Gesetz wirklich von der verfassungsmäßigen Gesetzgebungsgewalt herrühre, ob es in der verfassungsmäßigen Form gegeben, und ob es durch kein neueres Gesetz aufgehoben oder abgeändert worden sei, zum Gegenstand.“ Auch Pfeiffer die Selbständigkeit und Unabhängigkeit des Richteramtes (1851), Beck i. d. Zeitschr. f. Rechtspfl. und Verw. I. (1839) S. 496.), Vangerow Leitfaden I. §. 12., Zachariä deut. Staats- und Bundesrecht, II. Aufl. (1854) S. 242 ff. und in seiner Rechtl. Beleuchtung der Kurhess. Septemberverordnungen (1851) S. 155 ff., Bluntschli Allg. Staatsrecht (1857) I. S. 488., ferner die Bayrische (Seuffert's Archiv IV. S. 399) und Würtembergische Praxis (s. Wächter's Würtemberg. Privatr. II. S. 27.) und das Lübecker O.-A.-G. (Seuffert's Archiv IV. S. 402.) behaupten die fragliche Competenz des Richters. Entgegengesetzt sprechen sich aus das Darmstadter O.-A.-G. (Seuffert's Archiv VI. S. 399)., Stahl Philos. d. Rechts II. 2. §. 180. Röllner d. monarch. Prinzip und die deutschen Staatsverfassungen (1856) und zuletzt auf Grund einer historischen und polemischen Ausführung Bischof Verfassung, Gesetz, Verordnung und richterliches Prüfungsrecht der Verfassungsmäßigkeit landesherrlicher Gesetze und Verordnungen, in d. Zeitschr. f. Civilr. und Proc. XVI. S. 235 — 294. 385 — 422. XVII. S. 104 — 144. 253 — 304. 450 — 464. XVIII. S. 129 — 160. 302 — 320. 398 — 420., Letzterer mit der Behauptung, daß in demselben Sinne „die gesammte neuere deutsche Praxis“ sich erklärt habe (?), s. a. a. O. XVI. S. 413.]

Ueber die den ministeriellen Gesetzauslegungen zukommende Autorität und deren Gränzen bemerkt Seuffert's Commentar zur Bayerisch. Ger.-Ordn. Bd. I. S. 27., daß es darauf ankommt, ob der Gegenstand des Rescripts zur Sphäre der Gesetzgebung im Sinne der Verf.-Urk. gehöre oder nicht. Im ersten Fall hat das Rescript nur doctrinelle — aber allerdings vorzüglich beachtenswerthe — im zweiten authentische Autorität.

Zu 11) Die Partei, welche zu ihrem Nachtheil in jure irrt, und etwas zugesteht, was sie nicht zugestehen durfte, scheint zwar dem Grundsatz zu unterliegen: juris ignorantia nocet, allein dieses Gesetz bezieht sich nur auf Handlungen und Rechtsgeschäfte. Etwas ganz

anders sind Discussionen bei Gericht. Der Grundsatz: die juridische Beurtheilung der Thatsachen ist von der Thätigkeit der Parteien unabhängig, findet sich schon in dem Spruch der Alten: narra mihi factum, ego tibi narrabo jus ausgedrückt. Der Richter kann sich eine falsche juristische Behauptung einer Partei nicht um deswillen aneignen, weil sie der andere Theil für baare Münze angenommen hat. Der Richter kann von den vorgetragenen Thatsachen auch einen anderen Gebrauch bei Ertheilung des Rechtsschutzes machen, als die Partei bei dessen Implorirung davon gemacht hat, immer jedoch nicht weiter als für diesen Zweck, also nur so weit, als von den Parteien ihr Recht angesprochen ist. Immer aber beschränkt sich das officium judicis auf Verbesserungen und Ergänzungen in jure, nicht in facto. Nur so ist die l. un. C. 2. 11. zu verstehen: judicem, si quid a litigantibus minus fuerit dictum, id *supplere,* et proferre, quod sciat legibus et juri publico convenire. Er kann daher auch mehr als gebeten zuerkennen, wenn das angerufene Gesetz mehr gewährt, z. B. Früchte, Zinsen und Kosten, l. 1. §. 3. C. 3. 10. — §. 34. J. de act. oder eine bessere Classe im Concurs, wenn der Liquidant sich hierin geirrt hat.. Die sonst gewöhnliche Clausula salutaris ist dazu nicht nöthig; s. Puchta über die Grenzen des Richteramts. §. 25 — 27.

---

§. 5.

β) Von der zeitlichen Begränzung der Gesetze.

Man muß nach v. Savigny System Bd. 8. S. 370. ꝛc. zuvörderst zweierlei Arten von Gesetzen unterscheiden:

A. die allgemeinen Rechtsvorschriften über Entstehung, Dauer und Endigung der Rechte an Sachen und Personen aus dem vollen oder beschränkten, ganzen oder theilweisen Eigenthum, Pfandrecht, Obligationsrecht und Erbrecht.

B. Solche Gesetze, durch welche besondere Rechtsinstitute vom Staat anerkannt und geregelt sind, an welchen der Staat selbst ein besonderes positives oder negatives Interesse entweder aus sittlichen Gründen, wie z. B. in Ansehung des Geschlechtsverhältnisses, oder aus politischen Gründen, oder aus beiden zugleich nimmt, z. B. das Institut der Ehe,*) Leibeigenschaft, Dienste

*) Worunter aber nicht das eheliche Güterrecht zu begreifen ist.

und Reallasten, besonders Zehenten, Lehen, Familienfideicommisse und dergl. Was aus dieser zweiten Art der Gesetze, welche auf eigenthümliche Weise in den Socialverband als die Basis des Staats-Organismus einwirken, entsprungen ist und sich ihnen gemäß gebildet hat, kann nicht auf Unabänderlichkeit Anspruch machen, daher ein neues Gesetz in seiner Wirksamkeit nicht durch bis dahin bestandene Rechtszustände verhindert werden kann, vergl. v. Savigny a. a. O. S. 373.

Wir werden uns daher blos mit der ersteren Art der Gesetze hier zu beschäftigen haben.*) Regel ist es also, daß ein Gesetz vom Tag der Promulgation an für alle künftigen Fälle wirkt, nicht aber auf vergangene Fälle sich erstreckt. Auch eine in erster Instanz zwar entschiedene, aber in einer höheren Instanz noch schwebende Sache muß ungeachtet der Dazwischenkunft eines neuen Gesetzes immer noch nach denjenigen Gesetzen entschieden werden, welche zu der Zeit galten, als das erste Urtheil gefällt wurde, s. Nov. 115. c. 1. — l. un in f. C. 1. 53. — l. 17. C. 4. 21. — l. 2. §. 23. C. 1. 17. — l. 1. §. fin. D. 17. 1. Negotia pendentia sind nämlich in l. 7. C. 1. 14. zu den

*) Die Literatur hierüber s. vorzüglich Thibaut System d. P. R. Th. I. §. 26. Ausg. 8. Reichardt Ergänzungen zu Glück's Comment. Bd. I. S. 8. [Außerdem s. Büttner Aufhebung wohlerworbener Privatrechte durch neue Gesetze und ein desfallf. Entschädigungsanspruch, i. d. Thüringer Blättern f. Rechtspflege 1856. No. 3; C. Christiansen Ueber erworbene Rechte (1856); Schaaff Abhandlungen aus d. Pandectenrecht I. 2. (1860); Siebenhaar i. d. Zeitschr. f. Rechtspflege und Verw. N. F. Bd. XIX. S. 97 — 130 (eine Betrachtung vom rechtspolitischen Standpunkt aus); endlich Lassalle System der erworbenen Rechte. Theil II. (1861). In letzterem sehr bedeutenden Werke ist als grundlegender Hauptsatz aufgestellt: Der Wille ist eine naturrechtliche Fähigkeit, und das positive Recht ist die gesicherte Sphäre und das gegliederte Reich seiner freien Ausführung; das Privatrecht ist daher nichts andres, als die Realisation der Willensfreiheit des Individuums. Wird also durch ein späteres Gesetz rückwirkend die freiwillige Handlung eines Individuums getroffen, so ist ihm sein Wille entstellt und in einen anderen umgewandelt worden, aber die Macht keines Gesetzgebers reicht so weit, zu bewirken, daß ein Individuum etwas andres wollte, als es gewollt hat. Ein solches Gesetz würde dem Individuum Gewalt anthun, also absolutes Unrecht, mithin kein Gesetz seyn. Hieraus folgt: 1) kein Gesetz darf rückwirken, welches ein Individuum nur durch die Vermittelung seiner Willensactionen trifft, und 2) jedes Gesetz darf rückwirken, welches das Individuum ohne Dazwischenschiebung eines solchen freiwilligen Aktes trifft, welches also das Individuum unmittelbar in seinen unwillkürlichen, allgemeinmenschlichen oder natürlichen oder vom Staate ihm übertragenen Qualitäten trifft, oder es nur dadurch trifft, daß es den Staat selbst in seinen organischen Institutionen ändert (S. 55 — 58.) Diese Ideen liegen der Unterscheidung von (wohl-) erworbenen und gesetzlichen Rechten zugrunde.]

factis praeteritis gerechnet. Cum conveniat, leges futuris regulas imponere, non praeteritis calumnias excitare l. 65. C. 10. 31. — cf. l. un. in f. C. 7. 6. — Nov. 113. Nov. 115. c. 4.*)

Auch wenn der Gesetzgeber das neue Gesetz ausdrücklich auf früher entstandene Fälle erstreckt, bleiben doch die durch Vergleich oder Judicat oder Zahlung abgethanen Sachen ausgenommen. l. ult. §. 5. C. 6. 58. — l. 17. C. 4. 21. — Nov. 19. Nov. 115. c. 1. — l. 229. 230. D. 50. 16. l. 18. C. 4. 20.

Nur declaratorische Gesetze können — mit der eben gedachten Ausnahme — auf die Entstehungszeit des erläuterten Gesetzes retrotrahirt werden.**) Nov. 19. pr. in f. — Nov. 113. c. 1. l. 7. C. 1. 14.

Zur Erläuterung durch Beispiele mögen folgende Fragen dienen:

1) Wenn ein älteres Gesetz die Taubstummen einer nothwendigen Curatel unterworfen hatte, dergestalt daß ihre ohne Autorisation des Curators unternommenen Handlungen der Nichtigkeit unterlagen, ein neues Gesetz aber blos die Zuziehung eines selbstgewählten Beistandes erfordert, was wird in Betreff der spätern Handlungen des, der Curatel noch nicht förmlich entlassenen Curanden zu halten seyn, wenn er blos die Form des neuen Gesetzes beobachtete?

2) Wenn die Vollziehung eines, den Gesetzen zur Zeit der Schließung des Vertrags gemäßen Geschäfts in die Periode eines demselben entgegenstehenden Gesetzes fällt, z. B. der Vollzug einer giltig versprochenen Ehe, welcher nun ein beschränkenderes Eheverbot, oder eines Getraidekaufs, dem nun ein Ausfuhrverbot entgegentritt, ist dann das Geschäft dem neuen Gesetz zu unterwerfen?

3) Ein Testator hat eine Familienstiftung zum Besten aller minderjährigen verwaisten Familienglieder auf die Dauer ihrer Minderjährigkeit zu der Zeit errichtet, als die Gesetze

*) Z. B. wenn ein Gemeindetheilungsstreit zu der Zeit begonnen war, wo das Antheilsrecht nach dem Verhältniß des zuvor gehabten Genusses galt, die Entscheidung aber in die Periode des neuen Gesetzes fällt, welches die Gemeindeglieder ohne Unterschied für gleichberechtigt erklärt, so muß das Rechtsverhältniß in Betreff der Gemeindegründe gleichwohl nach den zur Zeit der erhobenen Klage herrschend gewesenen Gesetzen beurtheilt werden.

**) Bergmann das Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze S. 61. §. 10. zwar ist Struve über das positive Rechtsgesetz S. 75. u. 155. entgegengesetzter Meinung, indem er überhaupt die Interpretation nicht als Sache des Gesetzgebers, sondern des Richters betrachtet. Kann man aber die authentische Interpretation ganz hinwegstreichen? [Vergl. oben §. 3. S. 27.]

die Großjährigkeit erst mit dem 25sten Lebensjahr eintreten ließen. Nun setzt ein neues Gesetz die Volljährigkeit auf das 21ste Lebensjahr; müssen nun die bereits eingewiesenen, oder noch einzuweisenden Minorennen, welche es nach dem neuen Gesetz nicht mehr sind, der Wohlthat des Stifters entbehren?

4) Es miethet Jemand ein Haus, ohne eine besondere Bestimmung rücksichtlich der Aufkündigungszeit zu treffen; das Gesetz hatte damals eine sechsmonatliche Kündigungsfrist zur Regel erhoben, zur Zeit der wirklichen Kündigung aber besteht vermöge eines neuen Gesetzes ein dreimonatlicher Zeitraum als Regel; muß der Miethsmann, welcher bei der Miethung auf eine weitere Frist gerechnet hatte, nun in der kürzeren das Haus räumen?

5) Das ältere Gesetz verpflichtete einen Handelsgesellschafter nur zum mittleren Fleiß, das neue Gesetz fordert von ihm den höchsten Fleiß, werden seine nach Einführung des neuen Gesetzes begangenen Handlungen nach dem strengeren Maß gerichtet, welches er bei Eingehung der Societät nicht im Sinne hatte?

6) Ein neues Gesetz hebt den Grundsatz: „Kauf bricht Miethe,“ welcher bis dahin gemeingiltig war, auf, muß nun derjenige, welcher sein Haus unter der Herrschaft der vorigen Observanz auf 10 Jahre vermiethet hat, den damals im Falle einer günstigen Verkaufsgelegenheit seiner Dispositionsfreiheit nicht im Weg gestandenen Miethcontract aushalten?

7) Nach welchen Gesetzen werden die ehelichen Vermögensrechte sowohl unter Lebenden als auf den Todesfall entschieden, wenn die Gesetze sich verändern, z. B. den gesonderten Güterstand, statt der sonstigen allgemeinen Gütergemeinschaft zur Regel machen? —

8) Nach welchen Gesetzen richtet sich die Giltigkeit materieller Bestimmungen eines Testaments? Z. B. ein späteres Gesetz setzt die Summe des den Kindern von ihren Eltern zu hinterlassenden Pflichttheils viel höher als dasjenige Gesetz, welches der Testirer zur Zeit des errichteten Testaments vor Augen hatte. Es ist nun der Pflichttheil der Kinder nach dem neuen, wenn gleich nicht nach dem alten Gesetz verletzt; der Tod des Erblassers ist aber in die Periode des neuen

Gesetzes gefallen, ist nun die von den Kindern angestellte Klage ad supplendam legitimam nach dem neuen oder nach dem alten Maßstab zu entscheiden?

9) Ein Adelicher hat in seinem Testament einem Bürgerlichen ein Rittergut vermacht. Ein späteres, jedoch noch vor dem Tod des Testirers promulgirtes Gesetz verordnet aber, daß Rittergüter nie mehr in bürgerliche Hände kommen sollen. Wird hierdurch das Legat ungiltig?

10) Fällt ein bedingtes Geschäft, dessen Bedingung sich erst in der Periode des neuen Gesetzes purificiren kann, in dessen Herrschaft, oder bleibt es fortwährend nach dem Gesetz zu beurtheilen, unter dessen Herrschaft es geschlossen worden?

11) Zur Zeit der geschlossenen Ehe galt die Scheidung ex capite mutui dissensus, zur Zeit, wo ich aus diesem Grund geschieden seyn möchte, ist dieser Ehescheidungsgrund durch neuere Gesetze aufgehoben, kann ich nun gleichwohl geltend machen und mich auf die rechtlichen Verhältnisse, unter denen ich die Ehe eingegangen habe, berufen?

12) Mein Schuldner hat in der mir für mein Darlehen ausgestellten Schuldurkunde die Rückzahlung bei Vermeidung persönlicher Haft versprochen. Ein inzwischen erschienenes Gesetz verwirft den persönlichen Arrest in der Eigenschaft eines Zwangs- oder Executionsmittels; kann ich nun gleichwohl die Execution durch Personalarrest geltend machen?

13) Kann eine Ehefrau, welche nach dem vorigen Gesetz ohne Concurrenz des Ehemanns giltig disponiren konnte, dieses Dispositionsrecht auch dann noch behaupten, wenn ein neues Gesetz sagt: daß ohne Zustimmung ihres Ehemannes keine Ehefrau über ihr Vermögen mit Dritten contrahiren kann?

14) Eine rechtliche Gewohnheit, nach welcher adeliche Töchter mit Empfang des Heirathsguts als abgefunden rücksichtlich der künftigen Erbschaft des Vaters, der ihnen das Heirathsgut gegeben hatte, anzusehen waren, wird durch ein Gesetz aufgehoben. Nach dessen Promulgation stirbt der Vater, kann die von ihm noch nach der vormaligen Gewohnheit dotirte Tochter nunmehr gleichwohl das allgemeine gesetzliche Erbrecht der Kinder an dem väterlichen Nachlaß für sich ansprechen?

15) Wenn ein späteres Gesetz ein Reuerecht bei gewissen Verträgen statuirt, welche vorher nur eine Klage auf Erfüllung,

aber keinen einseitigen Rücktritt gestattet haben, sind die in der Vorzeit geschlossenen Verträge dem Neuerecht nun auch unterworfen? Insonderheit solche, welche auf jährlich wiederkehrende Leistungen gerichtet sind, wie Leibrentenverträge?

16) Das alte Gesetz gestattet dem Verkäufer nicht allein, sondern auch dem Käufer die Anfechtung des Kaufs und Verkaufs aus dem Grund der laesio ultra dimidium. Das neue Gesetz gibt blos dem Verkäufer dieses Recht. Kann nun der vor dem neuen Gesetz geschlossene Contract auch vom Käufer angefochten werden, wenn die Klaganbringung erst nach Promulgation des neuen Gesetzes erfolgt?

17) Das alte Recht gibt eine Klage auf Rescission des Kaufs, wenn ein bedeutender Theil der gekauften Sache evincirt wird, das neue Recht aber läßt diese Klage aus dem angeführten Grund nicht zu; kann sie nun noch angestellt werden, wenn der Kauf in die Periode der alten, die Eviction in die Periode des neuen Gesetzes fällt?

18) Welchen Einfluß hat das neue Gesetz auf die Verjährung, welche sich von der Periode des alten in die des neuen Gesetzes fortzieht. Z. B. wenn das neue Gesetz überall einen gerechten Titel erforderte, welcher nach der früheren Legislation nicht nöthig war? oder wenn das neue Gesetz die Verjährungszeit kürzer oder länger bestimmte?

19) Wenn durch ein neues — nach Ableben des Erblassers erschienenes Gesetz die Intestaterbfolge so verändert wurde, daß nun ganz andere Personen als zuvor succediren würden, so fragt sich, ob das alte Gesetz denen noch unbedingt zu Gute kommt, welchen das neue Gesetz entgegensteht?

20) Welchen Einfluß hat ein den Zeitpunkt der Volljährigkeit abänderndes Gesetz auf diejenigen, welche sich im spatio intermedio befinden?

21) Wenn ein neues Gesetz da, wo bisher ein Stuprator zur Alimentation eines unehelichen Kindes nicht verbunden war, diese Verbindlichkeit aufstellt: kann jener auch dann aus dem neuen Gesetz dazu angehalten werden, wenn der Beischlaf vor dessen Promulgation vorgefallen ist?

22) Nach welchen Gesetzen ist über die Haftung der Erben eines Verwalters für eine von diesem gemachte Kapitalanlage zu entscheiden, wenn die über die Haftung der Erben zur Zeit der Kapitalausleihe geltend gewesenen Gesetze vor der Erb-

schaftsantretung durch eine abweichende Gesetzgebung verdrängt worden sind?

23) Ein neues Gesetz bestimmt: der noch nicht zur Erhebung gekommene Neubruchzehent hört für die Zukunft ohne Entschädigung auf. In einem vorgekommenen Fall ist derselbe dadurch nicht zur Erhebung gelangt, weil die Grundbesitzer denselben bestritten und factisch verweigert hatten. Hört derselbe nun auch unter diesen Umständen ohne Entschädigung auf?

24) Wenn eine Schenkung wegen Undankbarkeit oder wegen nachgeborner Kinder widerrufen wird, ist dann die Giltigkeit des Widerrufs nach den zur Zeit des Widerrufs, oder des den Widerruf veranlassenden Ereignisses in Kraft getretenen Gesetzen, oder nach denen, welche zur Zeit der gemachten Schenkung in Kraft waren, zu entscheiden?

25) Ist bei Bewilligung oder Versagung der Restitution gegen einen nachtheiligen Vertrag das Gesetz, welches zur Zeit des Vertrags, oder dasjenige, welches zur Zeit der Restitutionssuchung galt, maßgebend?

26) Wie ist die Rangordnung der Gläubiger im Concurs bei einer veränderten Gesetzgebung zu bestimmen?

27) Sind Erbverträge nach den zur Zeit ihrer Errichtung oder des wirklichen Eintritts des darin fürgesehenen Todesfalls zu beurtheilen?

28) [Kann ein Einspruchsrecht Dritter gegen ein Rechtsgeschäft, z. B. das Recht väterlichen Widerspruchs gegen eine Eheverbindung oder ein (verwandtschaftliches) Vorkaufsrecht durch ein neues Gesetz in Bezug auf die schon früher eingegangenen Rechtsgeschäfte beseitigt werden?

29) Können, wenn ein Gesetz die Familienfideikommisse abschafft, die lebenden Anwärter (insbesondere die des nächsten Grades) den Fortbestand der fideikommissarischen Substitution fordern?

30) Sind Delikte in Bezug auf die aus ihnen entspringenden Entschädigungsverbindlichkeiten nach dem Gesetz zur Zeit der That oder zur Zeit der Klaganstellung zu beurtheilen?

31) Wirkt ein neues Gesetz, welches in Betreff der Testamentserrichtung andere Formalitäten als die bisher gesetzlichen vorschreibt, auf das früher errichtete Testament zurück?

32) Gilt ein Testament, welches nach dem zur Zeit der Errichtung herrschenden Gesetz wegen Testirunfähigkeit des Errichters un-

giltig gewesen, wenn zur Zeit des Ablebens ein neues Gesetz besteht, wonach der Errichter testirfähig ist?]

Zu 1) Die Entscheidung dieser Frage hängt davon ab, ob die unter der vorigen Gesetzgebung aufgerichteteten Curatelen ipso jure durch das neue Gesetz erlöschen, oder erst von dem competenten Gericht wieder aufgehoben werden müssen. Hierbei wird zwar immer viel auf die Worte des neuen Gesetzes ankommen, jedoch im Zweifel anzunehmen seyn, daß die Wirkungen eines Gesetzes nicht länger dauern können, als das Gesetz selbst besteht, und daß die dem Taubstummen durch das neue Gesetz begründeten jura status nicht durch einen obrigkeitlichen Vollzugsact, sondern lediglich durch die Promulgation des Gesetzes bedingt seyen. A. M. ist in einem ähnlichen Fall v. Struve über das positive Rechtsgesetz ꝛc. S. 263. no. 2.

Zu 2) Den ersten der beispielsweise angeführten Fälle erkennt Glück Th. I. §. 21. dem neuen Gesetz unterworfen, weil ein Eheverlöbniß noch keine Ehe sey, den zweiten nicht. v. Gönner a. a. O. S. 155, womit auch Engau P. I. Dec. 39. no. 4. 5. übereinzustimmen scheint, erachtet das neue Gesetz für beide Fälle wirksam. — Vielleicht läßt sich die Controverse auf folgende Weise lösen.

Auf dem civilistischen Standpunkt würde man wohl nicht annehmen dürfen, daß ein neues Gesetz die Wirkungen der vor demselben giltig geschlossenen Geschäfte aufheben könne. cf. l. 8. pr. D. 17. 1. Uniuscujusque enim contractus initium spectandum et causam. Da aber die angeführten Beispiele dem öffentlichen Recht angehören, so wird nach der in unserer obigen Anmerkung aufgestellten Regel allerdings die Consummation durch das neue Gesetz verhindert.

Zu 3) Buchstäblich genommen würden sie wohl die Wohlthat mit dem vollendeten 21. Lebensjahr verlieren; die Entscheidung hat sich aber vielmehr nach der Absicht des Stifters zu richten, weshalb sie der Wohlthat bis zum 25. Lebensjahr theilhaftig bleiben.

Nur derjenige Begriff, welchen der Testirer von Minderjährigkeit hatte, kann entscheiden, nicht der wandelbare Begriff der spätern Gesetzgeber und Staatskünstler. Die grammatische Auslegung muß sich immer nach der Zeit und dem Ort der errichteten Disposition richten; l. 7. §. 2. D. 33. 10. — l. 19. D. 34. 5. — l. 45. de Leg. II. — l. 69. §. 1. de Leg. III. — Die Regel Mens potius quam verba sunt spectanda gilt besonders dann, wenn man sich der Worte blos zur Bezeichnung eines gewissen Begriffes oder Gedachten bedient, und eigentlich

das Letztere, nicht das Wort das Gewollte zunächst in sich hat. — Die spätere Gesetzgebung kann auf Veränderung des Sinnes der Disposition, — welcher damals nur auf das 25. Lebensjahr als Gränze der Hilfsbedürftigkeit gerichtet seyn konnte, um so weniger Einfluß haben, als die Legislation die Bestimmung der Volljährigkeit oder Minderjährigkeit nur in Ansehung der bürgerlichen Rechtsfähigkeit bemißt, der Testirer aber etwas Anderes, nämlich den Zeitraum mangelnder oder unvollkommener Fähigkeit zu selbständigem Erwerb und Unterhalt im Auge hatte.

Dieser coincidirte damals zufällig mit dem allgemein angenommenen Zeitraum der Minderjährigkeit, daß er aber nach dem neueren Gesetz nicht mehr damit coincidirt, berechtigt nicht, das Wesentliche des letzten Willens abzuändern, und dessen Wirkungen auf eine solche Weise einzuschränken, welche nicht in des Testators Denkweise lag; l. 52. §. 7. de Leg. III. — l. 24. D. 34. 5. — l. 18. §. 3. D. 33. 7. — l. 50. §. 3. de Leg. 1. — l. 14. D. 34. 1. — Linde Zeitschr. für Civilrecht und Proceß Bd. V. H. 1. S. 153.

Dadurch wird auch nicht gegen das neue Gesetz entschieden, denn es handelt sich nicht von Vollziehung eines Gesetzes, sondern eines letzten Willens; man will nicht entscheiden, daß die Kinder aus der Familie des Testirers erst mit 25 Jahren volljährig werden sollen, sondern nur, wie das vom Testator beabsichtigte, seiner freien Willkür unterlegene Zeitmaß für sein ertheiltes Beneficium zu verstehen sey. — Einigermaßen abweichend ist Reinhard in den Ergänzungen zu Glück Th. l. S. 10. Es ist ihm nämlich nicht genug, daß das alte Gesetz zur Zeit der Testamentserrichtung dem Testator vor Augen gewesen, sondern er hält für nöthig, daß es auch noch bis zu seinem Tod unverändert geblieben sey. Gegen diese Meinung spricht aber die Nov. 66. c. 1. pr. §. 4. u. 5., welche der Willensmeinung des Testirers dadurch, daß er sie nicht nach einem späteren Gesetze umgemodelt hat, keinen Eintrag thun läßt.

Zu 4) Ja; denn die Wirkungen der Vertragsaufkündigung werden, wenn nichts Besonderes bestimmt ist, durch dasjenige Gesetz bestimmt, unter dessen Herrschaft die Aufkündigung geschieht. [Diese Antwort ist nicht ganz ohne Bedenken. Es läßt sich etwa einwenden, jene Fristbestimmung sei nur ein vermittelndes oder subsidiäres Gesetz, durch welches der Vertragswille im einzelnen Falle ergänzt werde, demgemäß sei der ursprüngliche Miethvertrag so zu verstehen, als ob die Contrahenten die damals gesetzliche Aufkündigungsfrist in den Vertrag mit aufgenommen hätten und diese ein stillschweigender Bestand-

theil der lex contractus geworden sei; nach dieser Auffassung, welche sich praktisch dadurch empfiehlt, daß gewiß nicht selten mit Rücksicht auf die gesetzlich angenommene Frist deren ausdrückliche Erwähnung in der Vertragsurkunde unterbleibt, würde der Contrahent ein wohlerworbenes Recht auf die ihm günstige Frist haben. Mit dieser Auffassung scheint auch des Verf. eigne Ansicht zu 7) zu harmoniren. — Zweifelhafter ist der Fall, wenn eine stillschweigende Prolongation des Miethvertrags unter der Herrschaft des neuen Fristbestimmungsgesetzes stattfindet.]

Zu 5) Allerdings, wenn die Handlungen in die Periode des neuen Gesetzes fallen, so treten auch die durch dieses mit ihr verbundenen Folgen und Wirkungen ein, der Handelnde konnte und mußte nach ihnen sich richten; Struve S. 242. no. 8. [Dieser Antwort stehen ähnliche Bedenken entgegen, wie die zu 4) angeregten. Vergl. dazu Unger, Syst. d. österreich. Privatr. I. (1856.), S. 137.]

Zu 6) Die Regel: Kauf bricht Miethe ist zu beurtheilen nach dem Gesetz, welches zur Zeit des abgeschlossenen Miethvertrags besteht. Diese Ansicht rechtfertigt sich gegen die Meinung Weber's über die Rückanwendung positiver Gesetze S. 117., daß das im Zeitpunkt der angestellten Klage geltende Gesetz entscheiden müsse, oder, wie Struve a. a. O. S. 240. es bestimmt, das Gesetz, unter dessen Herrschaft der Hausverkauf vorgenommen wurde — durch die Erwägung, daß das Rechtsverhältniß zwischen Miether und Vermiether zur Zeit der Entstehung des Miethvertrags unabänderlich so bestimmt worden ist, daß sich der Miether den Folgen einer späteren Veräußerung unterwerfen mußte; s. v. Savigny System. Bd. VIII. S. 441. Borst über die Anwendung neuer Gesetze S. 71. Unger, Oesterr. Privatr. I. S. 137. Lassalle, a. a. O. I. S. 393. ff.

Zu 7) Viele angesehene Rechtsgelehrte wollen das eheliche Vermögensverhältniß nach denjenigen Gesetzen beurtheilt wissen, unter denen die Ehegatten zuletzt gelebt hatten, und unter deren Herrschaft der zu entscheidende Fall sich ereignet hat. Die Gründe ihrer Entscheidung sind aber verschieden.

Einige legen das Gewicht auf den einfachen Schluß: Die Eheleute, welche über den ehelichen Güterstand nichts disponirt haben, haben sich den Gesetzen, wie immer diese beschaffen seyn mögen, unterworfen, sie haben sich, da die Gesetze dem Wechsel unterliegen, einem wandelbaren Element anvertraut, sie haben daher kein jus quaesitum. S. Reinhardt a. a. O. S. 270. Struben rechtl. Bedenken. Th. IV. no. 70.

Dieser Schluß ruht auf der bedenklichen Prämisse, welche Kapff merkwürdige Civilrechtssprüche Bd. I. S. 67, vergebens zu umgehen versucht, daß die Ehegatten in einem höchst wichtigen Punkt ihres geknüpften gegenseitigen Verhältnisses, völliger Gemeinschaft des Vermögens, oder gesonderten Güterstand, gar nichts Bestimmtes gewollt hätten, denn die Vermuthung, daß sie sich den jedesmaligen Gesetzen, also auch geradezu widersprechenden Gesetzen hätten unterwerfen wollen, läuft wohl doch auf gänzlichen Mangel des Willens hinaus, weil man nicht zugleich Entgegengesetztes wollen kann. Andere stützen sich auf die Meinung, daß die Eingehung der Ehe nicht zugleich einen Vertrag über die Güterverhältnisse von selbst in sich schließe, mithin über diese nicht einmal conventio tacita vorhanden sey, indem das gemeine Recht lediglich die Entstehung eines persönlichen Verhältnisses als Gegenstand des Eheconsenses betrachte, woraus freilich, wenn in Beziehung auf das Vermögen weder voluntas praesumta noch expressa obwaltet, von selbst folgt, daß nur die Gesetze zur Norm dienen können, deren Herrschaft der Fall zufällig unterliegt. S. Eichhorn Einl. in d. deutsche Privatrecht §. 35. not. g. u. §. 37. Erk. d. O. A. G. in Oldenburg in Seufferts Archiv Bd. VII. H. 2. S. 163.

Allein dagegen kommt in Betracht, daß die Ehe in ihren Wirkungen allerdings nicht blos auf das Verhältniß der Personen beschränkt, und daß ihr auch in den Gesetzen kein so beschränkter Sinn und Inhalt zugeschrieben, vielmehr ihr Wesen als consortium omnis vitae, individua vitae consuetudo et tam divini quam humani juris communicatio viel umfassender bezeichnet ist; s. l. 1. D. 23. 2. — §. 1. J. 1. 9. Nimmt nun das Gesetz in seine Bestimmungen z. B. eine Vermögensgemeinheit auf, so gehört diese ebenfalls zu der juris communicatio, in welche die Gatten durch die Ehe willigten. Diejenigen Rechtslehrer, welche dieses anerkennen*), räumen folgerecht der ursprünglichen conventio tacita eine unabänderliche Wirkung und Unabhängigkeit von dem Wechsel der Gesetzgebung ein, und dies in dem Fall, wenn ein solcher durch den Wechsel des Wohnorts herbeigeführt wird, worin das Weib dem Manne folgen muß, besonders auch deswegen, weil hier das Weib keine Willensfreiheit hat, mithin auch keinen Willen haben kann, und durch den blos einseitig auf solche Art vom Manne veränderten Güterstand mit ihrem Vermögen ein

*) Diese bilden allerdings die überwiegende Mehrzahl. S. Wächter im Archiv f. d. civ. Prax. Bd. XXV. S. 53 ꝛc., welcher die Literatur über diese Materie vollständig enthält.

rechtloses Opfer seiner Willkür werden könnte, wogegen l. 39. D. 2. 5. nachdrücklich warnt. Naturalis enim simul et civilis ratio suasit, alienam conditionem meliorem quidem etiam ignorantis et inviti nos facere posse, deteriorem non posse.

Zu 8) Nach allgemeinen Principien müßte man das Testament seiner Wirksamkeit durch die neue Gesetzgebung für verlustig erachten; denn das Recht der Erbfolge richtet sich nach der Zeit des Anfalls, also nach dem neuen Recht; vorher war noch Niemandem ein Recht erworben, wie dies im Fall eines Erbvertrags zu behaupten stände, dessen rechtliche Wirkung freilich nicht durch ein späteres Gesetz aufgehoben werden könnte; das Recht der Notherben entspringt nicht aus dem Testament, welches immerhin zu seiner Zeit ganz den Gesetzen gemäß eingerichtet gewesen seyn mag, es entspringt vielmehr aus ihrem persönlichen Verhältniß zum Erblasser, und dessen rechtliche Folgen und Wirkungen müssen nach dem Gesetz gelten, welches zur Zeit des gegebenen Falles, nämlich des Todes, herrschend ist; s. Reinhardt a. a. O. S. 16. Pfeiffer a. a. O. S. 268. Strube a. a. O. S. 252. Eichhorn a. a. O. §. 35. not. 9.

Gleichwohl entscheidet aus einem nicht wohl zu verkennenden favore testamentorum ein besonderes Gesetz für die Aufrechthaltung des Testaments in seiner ungeschwächten Wirksamkeit. Nov. 66. Cap. 1. pr. §. 4. u. 5. In diesem Gesetz ist nicht blos von der Form, sondern auch von dem materiellen Inhalt des Testaments, namentlich vom Pflichttheil die Rede, und auch der beigefügte Grund bezieht sich eben so wohl auf die Materie als auf die Form, verbis: quamobrem ab initio factum recte, eo quod non fuerit mutatum, non arbitramur postea mutari aut aliquo modo infringi; sed immutilatam manere, quae tunc placuit testatoribus, sententiam, validoque servari. Erit namque absurdum, ut quod factum est recte, ex eo, quod tunc non erat factum, postea mutari. Bergmann, Verbot der rückwirk. Kraft (1818), 90. ff. Kierulff, Civilr. I. S. 69. Anders v. Savigny, a. a. O. S. 473. Puchta Pand. §. 111. Not. e. u. Unger, österr. Privatr. I. S. 144.

Dieses Gesetz entscheidet auch dafür, daß ein nach den Gesetzen der Zeit seiner Errichtung quoad formalia eingerichtetes Testament seine Giltigkeit behalte, wenn gleich ein späteres bei Lebzeiten des Testirers noch promulgirtes Gesetz andere Formen vorschreibt, und daß also der Testator durch das neue Gesetz nicht, wie Manche glauben (z. B. Gönner a. a. O. S. 155.) in die Nothwendigkeit versetzt werde, ein neues Testament zu errichten; Reinhardt a. a. O. S. 16.

Zu 9) Ja; denn vor dem Absterben des Testirers war noch kein Recht erworben, weil durch dessen Tod erst ein Successor universalis und singularis entstehen konnte. Dieser kann aber nun einen Gegenstand, cujus commercium non habet, nicht durch ein Legat erlangen. S. L. 49. §. 2. D. de legat. XXXI. Damit ist übrigens nicht gesagt, daß dem Legatar nicht der Werth des Ritterguts vom Erben präſtirt zu werden brauche, auf welchen Jener nach l. 40. u. l. 114. §. 5. D. de legat. I. (30.) allerdings Anspruch hat.

Zu 10) Das neue Gesetz kommt dabei gar nicht in Betrachtung, quia conditio existens retrotrahitur ad initium, l. 78. D. de V. O. Glück I. S. 143. §. 21. Eben dies gilt natürlich auch von betagten Geschäften.

Zu 11) Nein; denn jedes Ereigniß und jede Handlung fällt nur unter das Gesetz, welches zur Zeit ihres Eintritts gilt, ich kann daher meine Scheidungsklage nur auf solche Thatsachen bauen, mit welchen das gegenwärtige Gesetz die Lösung des Eheverbands verknüpft; s. Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. X. S. 126. Jedoch würde das spätere Gesetz nicht auf eine bereits rechtshängige Klage (vergl. Lassalle a. a. O. I. S. 159.) wirken, und den gesetzlich fundirt gewesenen Klaggrund vernichten können. Die hier ausgesprochene Ansicht, daß die Zulässigkeit eines Ehescheidungsgrunds nicht nach den zur Zeit der eingegangenen Ehe bestandenen, sondern nach den zur Zeit der erhobenen Scheidungsklage bestehenden Gesetzen zu beurtheilen sey, wird von v. Savigny a. a. O. S. 495. u. 524. auch aus einem anderen Grund gerechtfertigt. Er argumentirt nämlich also: die Gesetze über die Ehescheidung haben sittliche Gründe und Zwecke, mithin eine zwingende Natur, sie gehören daher zu den Gesetzen über das Daseyn der Ehe. Solche Gesetze wirken augenblicklich auf die bestehenden Ehen ein. [Es kann hinzugefügt werden: ein zwingendes Gesetz begründet nicht wohl erworbene, sondern gesetzliche Rechte: wer zur Zeit des liberaleren Gesetzes die Ehe schloß, hat daher kein wohlerworbnes Recht auf willkürliche Lösung der Ehe. Dies ist der Unterschied von den Fragen 4—7. Lassalle System der erworb. Rechte, I. S. 77: „ob die Ehe auflöslich oder nicht, ist eine rein durch das Gesetz der Ehe verliehene Qualität".]

Zu 12) Ja; denn die Wirkungen eines zur Zeit seiner Errichtung giltigen Vertrags können durch spätere Gesetze niemals aufgehoben werden. Strube a. a. O. S. 238. [Analog ist der Fall, wenn in Gemäßheit des bisherigen Rechts in einen Pacht- oder Miethvertrag die Wechselklausel (mit der Wirksamkeit des Personalarrestes) aufge-

nommen wurde und durch ein spätres Gesetz (so durch die allgem. deutsche Wechselordnung) festgesetzt wird, daß Wechsel nur über einseitige Geldleistungen ausgestellt werden dürfen.]

Zu 13) Nein; denn die Wirksamkeit der Handlungen richtet sich immer nach dem gegenwärtigen Gesetze. Man kann auch nicht einwenden, daß der Ehevertrag und dessen Wirkung auf die beiderseitige Dispositionsfreiheit nur nach den Gesetzen, welche zur Zeit der Schließung der Ehe galten, und denen sich die Eheleute stillschweigend unterworfen haben, beurtheilt werden müsse, denn die conventio tacita würde zu weit ausgedehnt werden, wenn man ein mehreres, als die wesentlichen Ehestandsverhältnisse darunter begreifen wollte; vgl. oben no. 7. Struve a. a. O. S. 246. no. 3. [Vergl. auch oben zu 11).]

Zu 14) Nein; denn die Annahme der dos ist nach den damaligen Gesetzen als factischer Verzicht auf das Erbrecht anzusehen, welcher durch ein späteres Gesetz nicht unwirksam gemacht werden kann. Struve a. a. O. S. 248. Anders wäre es, wenn ihr das Heirathsgut blos versprochen gewesen wäre, denn dadurch allein wäre ihrerseits noch keine Verbindlichkeit erwachsen. [Diese Antworten erscheinen bedenklich. a) Ein solcher die ausgestattete Tochter beschränkender Rechtssatz dürfte kaum als Verzicht derselben (auf das Erbrecht) verstanden werden, da die Annahme einer Mitgift weder dem Vater noch dem Ehemanne gegenüber als Akt reiner Willkür (arg. l. 2. u. 69. §. 4. D. 23. 3.) gelten darf. Nicht als ob die Tochter stillschweigend verzichte, sondern weil das objektive Recht ihr das Erbrecht versagte, gebrach ihr dieses Recht, was ihr nachher vom neuen Gesetz zugestanden wird. b) Das Mitgiftsversprechen steht der Mitgiftshingabe in diesem Punkte ganz gleich, denn auch die blos versprochne Mitgift ist constituta dos, s. Puchta, Pandecten, §. 415. Anders wenn das Versprechen blos einseitig (pollicitatio) geblieben, von der Tochter nicht acceptirt war. In keinem Falle ist nach der diesseitigen Ansicht der Tochter das Erbrecht zufolge des neueren Gesetzes zu versagen.]

Zu 15) In der Regel bleiben die vor dem neuen Gesetz eingegangenen Verträge in ihrer ursprünglich unwiderruflichen Kraft, wenn indessen ein neues Gesetz ein vorhin unbekanntes jus poenitendi an gewisse Handlungen oder Unterlassungen knüpft, z. B. daß die dreijährige Nichtzahlung einer stipulirten Leibrente den Inhaber der Rente zur Zurückforderung des Kapitals berechtigen soll, so muß allerdings die unter dem neuen Gesetz begangene Handlung oder Unterlassung diejenige nachtheilige Folge haben, welche das neue Gesetz damit ver-

bindet. Struve a. a. O. S. 240. Entgegengesetzt. Unger österr. Privatr. I. S. 138. Anm. 42.

Zu 16) Jede Handlung kann rücksichtlich ihrer Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit nur nach den Gesetzen zur Beurtheilung kommen, unter deren Herrschaft sie vorgenommen worden ist. Die Frage über Läsionen kann daher nur nach der Zeit des geschlossenen Vertrags beurtheilt werden, mithin muß auch das damals herrschende Gesetz über die Anfechtbarkeit des Kaufs von einer oder der andern Seite entscheiden; s. Struve a. a. O. S. 240. no. 4. Vorst über die Anwendung neuer Gesetze ꝛc. S. 70. ꝛc. v. Savigny System Bd. VIII. S. 440. Dagegen Weber über die Rückanwendung neuer Gesetze S. 105. ꝛc. und Reinhardt a. a. O.

Zu 17) Nein; denn die rechtlichen Wirkungen der Eviction können nur nach dem Gesetz beurtheilt werden, unter dessen Herrschaft sie eingetreten ist; s. Struve a. a. O. S. 241.

Zu 18) Wenn das neue Gesetz strengere Forderungen in Ansehung des Titels und guten Glaubens macht, so versteht sich wohl von selbst, daß jede noch nicht vollendete Verjährung davon afficirt werde, weil noch kein völlig erworbenes Recht vorhanden war (Bergmann d. Verbot der rückwirkenden Kraft ꝛc. S. 34); bestimmt aber das neue Gesetz nur eine kürzere oder längere Zeit, so kann der Präscribent erstere nur in so fern benützen, als er sie erst von Promulgation des neuen Gesetzes an berechnen will, die Bestimmung einer längeren Zeit aber wirkt von selbst auf die noch unvollendete Verjährung. So hat die preußische Gesetzgebung s. Einl. zum Landrecht §. XVI. den Zusammenstoß des neuen und älteren Gesetzes geordnet, welcher zunächst dann, wenn jenes die Verjährungszeit abkürzt, empfindlich werden kann. Gemeinrechtliche Schriftsteller fanden es anstößig, daß dadurch dem Unterthan eine Wahl zwischen zweierlei Gesetzen eingeräumt werde, v. Scheurl Beitr. zur Bearbeitung des R. R. H. I. S. 147., aber selbst abgesehen von einer ähnlichen dem Verjährenden in l. 7. 52. C. 7. 39. gestatteten Wahl, behauptet doch wohl v. Savigny im System d. röm. Rechts Bd. VIII. S. 431. mit Recht, daß diese Bestimmung grundsätzlich geboten sey; daß nämlich demjenigen, welcher sich dem Rechtsschutz des alten Gesetzes vertraut hat, dieser Rechtsschutz nicht wider seinen Willen entzogen werden könne; s. auch Code civil. Art. 2281. Unger österreich. Privatr. I. S. 147. Der Fall, da dieses durch das neue Gesetz geschähe, wird jedoch nach unserer Meinung, höchst selten eintreten.

Der Usucapient kann weder durch Verlängerung noch durch Abkürzung der Usucapionszeit ein Recht verlieren, durch erstere nicht, weil er während ihres Laufes noch kein Recht des Eigenthumserwerbes hat, denn dieses könnte er erst im künftigen Moment des Ablaufes erwerben, durch letztere aber gewinnt er sogar. Nur derjenige, gegen welchen usucapirt wird, kann verlieren, wenn z. B. die Usucapionszeit von 10 auf 5 Jahre reducirt wird. Eben so bei der Extinctivverjährung kann nur derjenige verlieren, welcher im Vertrauen auf das alte Gesetz sein Recht länger ungebraucht ließ, als er nach dem neuen Gesetz dürfte, durch welches er nun die längere Zeit, welche ihm nach dem alten Gesetz noch offen stand, sich abgeschnitten sieht. Aber in jedem Fall würde derjenige, gegen welchen usucapirt oder dessen Recht durch die Extinctivverjährung zerstört werden soll, nur dann ein wirkliches Recht verlieren, wenn ihm durch das neue Gesetz nur unverhältnißmäßig wenig, vielleicht nicht einmal so viel Zeit zur Geltendmachung seines Rechts übrig gelassen würde, als die kürzeste der gesetzlichen Verjährungsfristen beträgt. Wäre dieses aber der Fall, so würde es schon nach den allgemeinen Gesetzesvorschriften unzweifelhaft seyn, daß er den Schutz des alten Gesetzes noch anrufen könne, da das neue so wenig indirect als direct Rechte zerstören darf, so lange sie dem Gemeinwohl nicht widerstreiten; s. Herrmann in Linde's Zeitschr. Bd. 2. N. F. S. 69.

Eine andere Maxime geht auf getheilte Anwendung des alten und neuen Gesetzes, so daß die bei dem Erscheinen des neuen Gesetzes schon abgelaufenen Zeittheile nach dem alten Gesetz in Anschlag zu bringen, die hiernach noch übrigen aber auf den Maßstab des neuen Gesetzes zu reduciren seien. Z. B. wären an der 10jährigen Verjährungszeit des alten Gesetzes bereits 5 Jahre abgelaufen, das neue Gesetz kürzt aber dieselbe auf die Hälfte, also auf 5 Jahre ab, so brauchte er auch nur halb so viel, also 2½ Jahre zur Ersitzung, anstatt daß er nach dem alten Gesetz noch 5 Jahre gebraucht haben würde; s. Bergmann, das Verbot rückwirkender Kraft neuer Gesetze im Privatrechte S. 34. Schweppe röm. Privatr. Bd. 1. §. 8. v. Vangerow Pand. (VI. Aufl.) §. 26. S. 69., welcher aus der Nov. 119. c. 8. eine Analogie dafür schöpft. Stephan im civilist. Archiv Bd. 32. S. 151. Im Dunkel läßt Mühlenbruch Pand. §. 51. Aufl. 3. und Puchta in den Vorlesungen Bd. I. S. 226. der 3ten Aufl. §. 111.

Zu 19) Nach Reinhardt a. a. O. S. 12. 2c. den heredibus suis unbedingt, weil sie die Erbschaft ipso jure durch den Anfall, mithin

unzweifelhaft vor dem neuen Gesetz erworben haben, den extraneis aber nur, wenn sie unter dem alten Gesetze bereits angetreten haben, mithin delatio et acquisitio hereditatis in die alte Periode fällt; alsdann aber nicht, wenn unter der Herrschaft des neuen Gesetzes die Erbschaft von den nach ihm berechtigten Erben schon angetreten war. Dagegen Weber a. a. O. S. 96. mit Beziehung auf Glück's Lehre v. d. Intestaterbfolge §. 68. S. 186. (2. Aufl.). ohne zwischen heredibus suis vel extraneis zu unterscheiden, das Erbrecht immer nur dem Gesetz unterwirft, unter dessen Herrschaft der Erblasser gestorben ist, so auch v. Savigny im System des R. R. S. 488. in folgenden Sätzen:

Eine Veränderung der Gesetzgebung über die Intestaterbfolge kann unzweifelhaft nur dann einwirken, wenn sie vor dem Erbanfall eingetreten ist, und als Zeitpunkt des Erbanfalls an Intestaterben ist zu betrachten:

a) wenn kein Testament vorhanden ist, die Todeszeit des Erblassers;
b) wenn ein Testament vorhanden ist, der Zeitpunkt, in welchem es zur Gewißheit wird, daß eine testamentarische Erbfolge nicht eintritt.

Wenn nun aber im zweiten Fall ein neues Gesetz in der Zwischenzeit zwischen dem Erbanfall und dem Antritt der Erbschaft erscheint, so wird es zweifelhaft, welches Gesetz entscheide. Diejenigen, welche den Fall der Herrschaft des neuen Gesetzes unterwerfen, wie der bereits citirte Reinhardt, ingleichen Heise und Cropp jurist. Abh. Bd. II. S. 123. rc. 130. rc. stützen sich darauf, daß die Delation der Erbschaft nur die Möglichkeit des Erwerbes gebe, dann aber nichts nütze, wenn die Bedingungen und Gründe des Erbrechts nicht bis zur vollendeten Acquisition fortdauern, mithin das alte Gesetz bis zur wirklichen Erwerbung des Nachlasses fortgedauert haben müßte, um anwendbar zu sein. — Dagegen ist schon früher erinnert worden, daß der Grundsatz: „sämmtliche Eigenschaften und Wirkungen eines Verhältnisses müssen als Folgen seines ersten factischen Anfangs betrachtet, und nach den zu dieser Zeit bestehenden Rechtsnormen beurtheilt werden," in so vielen römischen Gesetzen ausgeprägt ist, daß die Zulässigkeit der Bildung einer allgemeinen Regel, „wonach ein neues Gesetz nicht die Wirksamkeit haben könne, die durch specielle Verhältnisse begründeten Erwartungen des älteren Rechts zu vernichten," nicht zweifelhaft scheint; s. Bergmann, das Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze §. 19. Schweppe röm. Privatr. Bd. I. §. 8. und noch überzeugender rechtfertigt v. Savigny a. a. O. S. 489 rc. den Grund-

satz: daß ein nach dem Erbanfall erlassenes Gesetz keinen Einfluß haben könne, selbst wenn es in der Zwischenzeit zwischen dem Erbanfall und dem Antritt der Erbschaft erschien, indem er sagt: „durch den bloßen Anfall der Erbschaft ist dem berufenen Erben ein wirkliches Recht in der That schon erworben, und zwar ohne sein Zuthun, selbst ohne sein Wissen: das ausschließende Recht nämlich, die deferirte Erbschaft anzutreten, und dadurch in sein Vermögen zu verwandeln, oder aber nach Gutdünken auszuschlagen. Dieses ist ein wahres, erworbenes Recht, eben so sehr, wie jedes andere durch den Grundsatz der Nichtrückwirkung gegen ungehörige Einwirkung neuer Gesetze geschützt, also von einer bloßen Erwartung durchaus verschieden; nur freilich ein Recht ganz anderer Art, und geringeren Umfangs, als das, welches nachher durch den Antritt der Erbschaft entsteht, und wodurch ein bisher fremdes Vermögen in eigenes Vermögen des Erben unmittelbar verwandelt wird." Vergl. auch Unger österr. Privatr. I., S. 145. Lassalle a. a. O. I. S. 516.

Zu 20) Die Bestimmung des neuen Gesetzes trifft Jeden, ohne Unterschied, ob der Termin durch dasselbe abgekürzt oder verlängert ist, z. B. wenn das alte Gesetz den Volljährigkeitstermin auf das 25., das neue aber auf das 21. Lebensjahr gesetzt hat, so wird durch das neuere Gesetz auch Derjenige, welcher nach dem alten Gesetz noch minderjährig wäre, sofort schon nach zurückgelegtem 21. Jahr in die Volljährigkeit versetzt. War dagegen nach älterem Gesetz der Volljährigkeitstermin auf das 21., nach neuerem Recht aber auf das 25. Lebensjahr gesetzt, so ist umgekehrt anzunehmen, daß der nach dem älteren Recht bereits Volljährige durch das neue Gesetz wiederum in die Minderjährigkeit zurückversetzt wird, und diesem Gesetz nur dadurch entgehen kann, daß er sich beim Landesherrn veniam aetatis auswirkt, so fern er sich nicht in besonderen Verhältnissen befindet, vermöge welcher schon nach den Gesetzen Minderjährige den Großjährigen gleich geachtet werden. Bergmann, Verbot der rückwirkenden Kraft der Gesetze S. 29. 51. und 70. Hagemann's prakt. Erörterungen Bd. X. no. 12. S. 94. Für die Meinung, daß, wenn ein neues Gesetz die früher auf das 21jährige Alter festgesetzte Volljährigkeit erst mit 25 Jahren eintreten läßt, der 21jährige Mensch wieder minderjährig werde, ist auch anzuführen: Meyer, principes sur les questions transitoires p. 97. und 98. Günther in Weiske's Rechtslexicon Bd. IV. S. 727. Ersterer führt auch dafür übereinstimmende Urtheile der Gerichtshöfe von Nismes und Turin an. Der entgegengesetzten Meinung ist v. Vangerow Pandecten (VI. Aufl.) Bd. I. S. 69

und v. Savigny System d. h. r. R. Bd. VIII. S. 415, weil die durch Volljährigkeit erlangte Selbständigkeit die Natur eines erworbenen Rechts habe, mithin die einmal gesetzmäßig erfolgte Freisprechung von der Vormundschaft unabänderlich bleiben müsse. vgl. Nov. 66. c. 1. §. 5. Erit namque absurdum, ut, quod factum est recte, ex eo, quod nondum erat, postea mutetur. [Daß diese von Savigny verfochtene Ansicht auch praktisch den Vorzug verdient, leuchtet ein, da nach der anderen, neuerdings wieder von Lassalle System d. erworb. Rechte, I. S. 73. u. 391. vertretenen Ansicht durch das neue (hinausschiebende) Volljährigkeitsgesetz wichtige Einrichtungen des nach dem alten Gesetz Volljährig-gewordenen umgestürzt und demselben unersetzliche Verluste zugefügt werden könnten. — Jedenfalls aber müßten die einzelnen Dispositionsacte, welche bis auf den Erlaß des neuen Gesetzes von dem nach dem alten Gesetz Volljährigen ausgegangen sind, aufrecht erhalten bleiben. Letzteres nimmt auch Lassalle a. a. O. an, indem er weiter hinzufügt: auch wenn die Majorennität das Product einer Majorennitätserklärung sey, die z. B. auf Antrag des Vaters oder Minderjährigen vom Vormundschaftsgericht erlassen wurde, so könne sie (als ein durch individuelle Handlungen vermittelter Zustand) durch kein späteres Gesetz aufgehoben werden; a. a. O. S. 74.]

Zu 21) Bergmann a. a. O. S. 25. entscheidet bejahend; die Rechte des Kindes richten sich nach den zur Zeit seiner Geburt geltenden Gesetzen. [Vergleiche l. 7. D. 1. 5. Dazu Lassalle a. a. O. I. S. 437 ff.]

Zu 22) Nach der zur Zeit der Erbschaftsantretung bestehenden Gesetzgebung, s. Erk. d. O.-A.-G. in Lübeck, in Seuffert's Archiv Bd. IV. H. 2. S. 165.

Zu 23) Das O.-A.-G. in München entschied diese Frage verneinend, weil eine widerrechtliche Weigerung der Belasteten nach l. 24. D. de condit. et demonstr. l. 39. u. 161. D. de R. J. zur Folge haben müsse, daß die Erhebung des Zehents als bereits geschehen anzusehen sei, und nach l. 74. 155. 173. §. 2. D. de R. J. die mora des Verpflichteten nie Schaden bringen dürfe; s. Seuffert und Glück Bl. f. Rechtsanwendung Bd. XV. S. 158. vergl. Bd. XIII. S. 370.

In einem gleichen Fall und bei einem ganz gleichlautenden K. Würtembergischen Gesetz vom 14. April 1848. entschied das O. Tribunal in Stuttgart, s. Seuffert's Archiv Bd. III. H. 2. entgegengesetzt dahin: daß der klagende Zehentberechtigte mit seiner blos darauf, daß der Zehent blos wegen widerrechtlicher Weigerung der Pflichtigen nicht zur Erhebung gekommen und zum Gegenstand eines Rechtsstreits

geworden sei, gegründeten Klage abzuweisen sey. Die Entscheidung möchte wohl der Vorzug gebühren.

Das neue Gesetz hebt das ganze Rechtsinstitut des Novalzehents auf. Man kann aber einem Gesetz, welches ein Rechtsinstitut der Vorzeit aufhebt, ohne die Natur des Gesetzes zu zerstören, nicht deswegen seine Wirksamkeit versagen, weil dieses Institut früher verpflichtend gewesen ist. Von Zeit der Promulgation des neuen Gesetzes an hat das veralterte Institut mit allen seinen Wirkungen und Folgen aufgehört, und ist vielmehr die Negation desselben sanctionirt. Die frühere Unterwerfung unter dasselbe kann nicht mehr die früheren rechtlichen Folgen haben, mithin auch nicht die frühere Nichtunterwerfung.

Die Aufhebung des Novalzehents durch das angeführte Gesetz ist zwar mit einer Einschränkung geschehen; es sagt nämlich nicht: „der Neubruchzehent hört für die Zukunft ohne Entschädigung auf" — sondern: „der noch nicht zur Erhebung gekommene Neubruchzehent" habe dieses Schicksal. Da nun aber das Gesetz nicht weiter unterscheidet, aus welchen Ursachen der Berechtigte noch nicht zum wirklichen Genuß des Rechts gelangt war, ob aus Vernachlässigung von seiner Seite, oder weil die Gründe noch keine Frucht getragen hatten, oder weil das Recht widersprochen war, so ist der Richter an den wörtlichen Vollzug des Gesetzes gebunden. [Gewiß verdient vielmehr die Entscheidung des Bayr. Gerichtshofs den Vorzug, denn das Zehentrecht war noch unter der Herrschaft des früheren Gesetzes geltend gemacht und dadurch ein erworbenes Recht, welches nicht wieder entzogen werden kann. Der Ausdruck „noch nicht zur Erhebung gekommene" dürfte daher so viel bedeuten als: „noch nicht verfallene oder verdiente."]

Zu 24) Nach der Meinung Mehrerer soll die Zeit der angestellten Klage entscheiden, weil die Schenkung nicht von selbst ungiltig sei, sondern erst durch die Widerrufsklage entkräftet werde, s. Weber über die Rückanwendung positiver Gesetze S. 107. und weil an diesen Erfolg die Parteien nicht gedacht haben, indem die Schenkung sonst unterblieben sein würde, vergl. Meyer, principes sur les questions transitoires pag. 175. 177. Dagegen bemerkt aber v. Savigny im System d. h. R. R. Bd. VIII. S. 442., der Schenker habe doch wohl erwartet, daß Undank werde vermieden werden, es müsse demnach dem allgemeinen Grundsatz gemäß die Zeit der Schenkung entscheiden, und nicht die Zeit des späteren Ereignisses, noch weniger die Zeit der auf Widerruf angestellten Klage. Vergl auch Lassalle a. a O. I. S. 190 bis 193.

Zu 25) Die Zeit des Vertrags. Ebenso ist nach der Zeit des Vertrags zu beurtheilen die exc. doli, metus, Scti. Vellej., Macedoniani, s. v. Savigny a. a. O.

Zu 26) Die Hypothekgläubiger sind nach dem Gesetz zu beurtheilen, welches zur Zeit der Entstehung ihres dinglichen Rechts bestand, die übrigen Gläubiger nach dem zur Zeit des Concursausbruches bestehenden Gesetze, s. Weber a. a. O. S. 167. v. Savigny a. a. O. S. 167.

Zu 27) Nach dem zur Zeit ihrer Schließung geltenden Gesetze. Der Einwand: ein Erbvertrag gebe kein unbedingt erworbenes Recht, weil man stets ungewiß sei, wer den Andern überleben werde, ist ohne Bedeutung, weil bedingte Rechte eben so wie unbedingte, wirkliche Rechte sind, und durch den Grundsatz der Nichtrückwirkung gegen den ungehörigen Einfluß neuer Gesetze geschützt sind, s. v. Savigny a. a. O. S. 492.

[Zu 28) Lassalle a. a. O. I. S. 163. ff. bejaht diese Frage, „falls nicht dadurch ohnehin selbständig erworbene Rechte dieser Dritten, z. B. der Gläubiger, dadurch beeinträchtigt werden"; denn das Einspruchsrecht stammt lediglich aus dem Gesetz als solchem und geht demnach mit diesem unter.

Zu 29) Diese Abschaffung kann nicht als eine Kränkung erworbner Rechte (der Anwärter) angesehen werden, und verlieren daher die Anwärter ihr Recht; das bisherige Fideicommißgut aber muß, wie ein jetzt erst zur Vererbung gelangendes Eigenthum, zwischen dem gegenwärtigen Besitzer und den nach Maaßgabe des gemeinen Erbrechts des Landes in gleichem Grade erbberechtigten Familiengliedern des Stifters aus derselben Linie zur Theilung kommen. Lassalle a. a. O. I. S. 217. ff. 351. ff. 399. ff. Dasselbe gilt von der Aufhebung des Lehns, d. h. des lehnsherrlichen Obereigenthums: Lassalle a. a. O. I. S. 425. ff.

Zu 30) Lassalle a. a. O. I. S. 428. ff. unterscheidet zwischen dem Delinquenten und dem Beschädigten: das Delikt erscheine in Ansehung des Ersteren als Folge einer Willensaktion desselben, und daraus folge, daß ihm niemals ein Schadensersatz auferlegt werden könne aus einer Handlung, welche nach dem Gesetze zur Zeit ihrer Vollbringung zu keinem solchen Anspruch berechtigte, und ebenso daß niemals ein größerer Schadensersatzanspruch gegen ihn erhoben werden könne, als derjenige, welcher nach dem vormaligen Gesetze möglich war. Dagegen sei die Lage des Beschädigten völlig passiv, sein Anspruch folglich nicht das Produkt seiner individuellen Willens-

aktion, sondern nur ein legales Recht, und dieses werde nicht einmal durch Klaganstellung zu einem erworbenen Recht gemacht, weil der zwingende Karakter des neuen Gesetzes verhindre, eine nach jetziger Rechtsanschauung erlaubte Handlung wie eine unerlaubte zu behandeln. — Gegen diese ungünstige Behandlung des Beschädigten läßt sich vielleicht einwenden, daß das die Schadensersatzleistung vorschreibende Gesetz, welches historisch an die Stelle der Selbsthilfe und Privat- (Familien-) Rache getreten ist, doch im Grunde nur eine Sanktion des Privatwillens des Beschädigten ist, welcher als stillschweigend vorhanden vorausgesetzt wird, so lange das betreffende Gesetz besteht; in der That ist denn sogar der Fall recht wohl denkbar, daß der Beschädigte eben mit Rücksicht auf das Ersatz gewährende Gesetz die drohende Beschädigung ruhig hingenommen, also die entscheidende Thatsache durch seine Willensaktion mit vermittelt hat.

Zu 31) Lassalle a. a. O. I. S. 341. u. 481. ff. unterscheidet: Wenn das Testament in Bezug auf seine Formalitäten dem Gesetze zur Zeit der Errichtung entspricht, so ist und bleibt es giltig, auch wenn ein neues zur Zeit des Todes des Erblassers herrschendes Gesetz umfassendere Förmlichkeiten verlangen sollte; wenn aber das Testament zur Zeit der Errichtung wegen Verstoßes gegen das Formalitätsgesetz ungiltig war, so convalescirt es in Folge eines Gesetzwechsels, wenn es den zur Zeit des Todes geforderten erleichterten Formalitäten entspricht. Dieser von Savigny System a. a. O. S. 409. 476. abweichenden Ansicht ist beizutreten.

Zu 32) Das Testament convalescirt, denn „indem das jetzt geltende Gesetz den Testator als fähig anerkennt, erkennt es ihn zugleich als einen solchen an, der, nach dem jetzt vorhandenen allgemeinen Rechtsbewußtseyn, als seit je testamentsfähig anzuschauen sey": Lassalle a. a. O. I. S. 314. 486.]

---

§. 6.

γ) Von der örtlichen Begrenzung der Gesetze.

Die Rechtsnormen können zum Gegenstand haben:

1. Die Personen an sich selbst, die Rechtsfähigkeit und die Handlungsfähigkeit derselben, oder die Bedingungen, unter welchen sie Rechte haben und erwerben können.

II. Die Rechtsverhältnisse:
1) Rechte an bestimmten Sachen.
2) Obligationen.
3) Extinktivverjährung.
4) Restitutionen.
5) Delikte.
6) Rechte an einem ganzen Vermögen, als einem idealen Gegenstand von unbestimmtem Umfang (Erbrecht).
7) Familienrecht.

Der Richter hat auf alle materiellen Rechtsverhältnisse in der Regel dasjenige örtliche Recht anzuwenden, dem das streitige Rechtsverhältniß seiner Natur nach angehört, ohne Unterschied, ob dieses örtliche Recht das einheimische Recht dieses Richters, oder das Recht eines fremden Staates seyn mag. Ausnahmsweise muß jedoch jenes örtliche Recht dem einheimischen Recht des Richters weichen, wenn dieses irgend ein Rechtsinstitut*) eines fremden Staates gar nicht anerkennt [Dieser Fall ist nicht von dem folgenden zu scheiden, denn nach den in der Anmerkung gegebenen Beispielen versagt hier das inländische Recht den Schutz, weil inländische Rechtsnormen, nämlich das zwingende Recht der Monogamie, der persönlichen Freiheit und Rechtsfähigkeit entgegenstehen.] oder dem auswärtigen Recht solche einheimische Gesetze entgegenstehen, welche streng positiver, zwingender Natur sind, insbesondere welche mehr einen politischen, einen polizeilichen oder einen volkswirthschaftlichen Charakter an sich tragen.**)

Zu I. Rechte der Person an sich.

In Ansehung des Zustandes der Person (Rechtsfähigkeit, Handlungsfähigkeit) leidet es wohl keinen Zweifel, daß derjenige, welcher an einem Orte seinen Wohnsitz***) erwählt, sich dem Recht dieses Ortes freiwillig unterworfen hat, seine Wahl mag nun entweder

*) Z. B. Polygamie, Sclaverei, oder die nur aus dem Ketzerrecht oder aus dem bürgerlichen Tod des französischen und russischen Rechts hervorgehende Rechtsunfähigkeit.

**) Z. B. Gesetze, welche die Erwerbsfähigkeit kirchlicher Institute (der todten Hand) einschränken, oder die Juden für unfähig zum Erwerb von Grundeigenthum erklären, oder ihnen nur unter gewissen sehr beschränkenden Bedingungen Schuldforderungen zu erwerben gestatten.

***) Wenn demnach der Wohnsitz als regelmäßiger Bestimmungsgrund für das besondere territoriale Recht, welchem jeder Einzelne als seinem persön-

unmittelbar auf diesen Wohnort gefallen oder indirekt dahin determinirt seyn, wie denn für den Staatsdiener oder Soldaten der Ort des Dienstes, für den Verbannten der Ort der Verbannung den nothwendigen Wohnsitz bildet, Ehefrauen dem Wohnsitz des Mannes, eheliche Kinder dem des Vaters, Dienstboten dem des Dienstherrn anhangen.

Für juristische Personen muß der Wohnsitz analog bestimmt werden, und zuweilen kann sogar eine specielle Feststellung desselben besonders zur Begründung des Gerichtsstandes nothwendig werden, z. B. für Kanal-, Dampfschifffahrts-, Eisenbahngesellschaften u. dergl.

Der aufgestellte Grundsatz: daß der persönliche Zustand an sich, welcher vorzugsweise in der Handlungsfähigkeit besteht, nach dem an

---

lichen Rechte untergeordnet ist, betrachtet werden muß, so bedarf es noch einer besondern Lösung der Fragen, was soll gelten:

a) Wenn die Person einen mehrfachen Wohnsitz hat?
v. Savigny a. a. O. S. 101. erklärt sich abweichend von den in der ersten Ausgabe des gegenwärtigen Werkes Bd. I. S. 56. lit. b. angeführten Meinungen für denjenigen Ort, an welchem zuerst der Wohnsitz ergriffen war, weil es an einem hinreichenden Grunde fehle, in dem örtlichen Recht, das die Person einmal begründet hat, eine Aenderung anzunehmen.

b) Wenn die Person gegenwärtig gar keinen Wohnsitz hat? — Hatte sie früher erweislich einen Wohnsitz, denselben aber aufgegeben, so ist dieser frühere Wohnsitz als Bestimmungsgrund für ihr örtliches Recht anzunehmen; denn es ist in diesem Fall gewiß um so weniger ein hinreichender Grund zur Annahme einer Aenderung vorhanden; s. v. Savigny l. c. S. 102.

c) Wenn sie niemals einen Wohnsitz errichtet hatte? Dann muß man auf den Zeitpunkt zurückgehen, in welchem sie ohne eigene Wahl einen Wohnsitz hatte. Dieser ist der Zeitpunkt der Geburt, in welchem der Wohnsitz des ehelichen Kindes mit dem Wohnsitz zusammenfällt, den zu dieser Zeit der Vater hat; v. Savigny a a. O. *Voet.* Comm. L. V. Tit. I § 92. (also nicht der zufällige Geburtsort des Kindes) und wenn auch der Wohnsitz des Vaters nicht ausgemittelt werden kann, so muß der zeitliche Aufenthalt der Person, also für die Erbfolge der Ort, wo sie gestorben ist, gelten.

d) Wenn die Person ihren Wohnsitz verändert hat, so gilt in der Regel der spätere. Z. B. wer nach dem Gesetz seines frühern Domicils erst mit 24 Jahren majorenn ward, ist, nachdem er in ein Land übersiedelte, wo die Minderjährigkeit schon mit dem 21. Jahre endigt, augenblicklich volljährig geworden. Anders ist es jedoch nach v. Savigny a. a. O. S. 168. und v. Vangerow Pand. Bd. I. S. 169 im umgekehrten Fall; da kann der 21jährige Mensch nicht, wie Günther in Weiske's Rechtslexikon Bd. IV S. 727. annimmt, wieder minderjährig werden, wenn er in ein Land zieht, wo man die Volljährigkeit erst mit 24 Jahren erreicht; denn die durch die Volljährigkeit erlangte Selbstständigkeit hat die Natur eines erworbenen Rechtes, welches eben so wenig wieder entzogen werden kann, wie wenn er es per veniam aetatis erlangt hätte.

dem Wohnsitz der Person geltenden örtlichen Recht beurtheilt werden müsse, ist zwar ziemlich allgemein anerkannt; da er aber in der Durchführung hier und da auf praktische Schwierigkeiten stößt*), so haben mehrere Rechtsgelehrte Einschränkungen desselben versucht. Einige, z. B. Mittermaier und Wächter a. a. O. unterscheiden das bloße Daseyn der rechtlichen Eigenschaften einer Person an sich, und die rechtlichen Wirkungen dieser Eigenschaften. Z. B. ob Jemand minderjährig sey oder nicht, soll zu beurtheilen seyn nach dem Recht des Wohnsitzes, dagegen die rechtlichen Wirkungen der Minderjährigkeit, nämlich die Rechte und Beschränkungen des Minderjährigen sollen nicht nach dem Recht des Wohnsitzes beurtheilt werden. Darüber aber, welches andere örtliche Recht, als das des Wohnsitzes dann anzuwenden sey, theilen sich abermals die Stimmen. Einige unterstellen, wenn von unbeweglichem Vermögen die Rede war, die Realstatuten, so daß also eine und dieselbe Person ganz verschiedene Handlungsfähigkeit haben könnte, in Ansehung ihrer auswärtigen Grundstücke, und in Ansehung ihres übrigen Vermögens. Andere wollen das Recht des Ortes, an welchem ein Rechtsgeschäft vorgenommen wurde, entscheiden lassen; s. Wächter a. a. O. S. 163. Wieder anderer Meinung ist Mittermaier im deutsch. Privatr. §. 30., welcher sich für das örtliche Recht des in jedem einzelnen Falle urtheilenden Richters erklärt.

Von manchen Seiten wird ein Unterschied behauptet zwischen einer allgemeinen und besondern Fähigkeit und Unfähigkeit zu juristischen Handlungen. Die erste soll sich auf Rechtsgeschäfte aller Art beziehen, und dabei soll das örtliche Recht des Wohnsitzes zur

*) Ein treffendes Beispiel gibt Pütter im civilist. Archiv Bd. 37. S. 384. „Wenn ein 24jähriger Hannoveraner, der in seiner Heimath eine bedeutende Summe Geldes entlehnt und dafür in Leipzig Pferde und Wagen gekauft, aber auch Schulden gemacht hat, sich nach Stralsund begibt und hier von seinen heimischen und Leipziger Gläubigern verklagt wird, so mag er und sein Vormund die Einrede entgegensetzen, daß er als Minderjähriger solche Rechtsgeschäfte rechtsbeständig einzugehen unfähig gewesen; denn nach hannoverschen (gemeinem deutschen) Rechte hört die Minderjährigkeit erst mit dem 25. Jahre auf. Seine Leipziger Gläubiger werden ihm aber erwiedern, daß in Sachsen die Volljährigkeit mit dem 22. Jahre beginne, seine Schuld - also rechtsgültig eingegangen sey und die hannoverschen Gläubiger werden das Gericht daran erinnern, daß ihr nun in Stralsund vor Gericht gezogener Schuldner auch nach dortigen preußischen Landesgesetzen volljährig und rechtsgeschäftsfähig, also zur Zahlung zu verurtheilen sey. Nach welchem von diesen verschiedenen Rechten soll nun das Stralsunder Gericht den hannoverschen und sächsischen Gläubigern gegen ihren hannoverschen Schuldner Recht sprechen?“

Anwendung kommen; die zweite soll nur auf bestimmte einzelne Rechtsgeschäfte gehen, und dabei soll nicht das Recht des Wohnsitzes anwendbar seyn, sondern dasjenige örtliche Recht, in dessen Gebiet das einzelne Rechtsgeschäft vorgenommen wird. *)

Alle diese Unterscheidungen, durch welche der oben aufgestellte Grundsatz in seiner Anwendung beschränkt werden soll, verwirft v. Savigny a. a. O. S. 136. und bleibt bei dem Satz stehen: Jeder soll in seinen persönlichen Zuständen stets nach dem Recht seines Wohnsitzes beurtheilt werden, ohne Unterschied, ob die persönliche Eigenschaft an sich, z. B. Alter, weibliches Geschlecht u. dergl. oder die rechtliche Wirkung dieser Eigenschaft beurtheilt werden soll, und auch ohne Unterschied, ob darüber im Inland oder im Ausland geurtheilt werde. Man kann aber dieser Meinung gleichwohl nicht uneingeschränkt beipflichten. Sie ist nämlich dann zwar richtig, wenn es sich von Collision verschiedener Provinzialrechte und Statuten eines und desselben Landes handelt. Diese sind sämmtlich vom Landesherrn sanctionirt, mithin sind alle dieser Staatsgewalt unterworfenen Gerichte zu deren Anerkennung und Anwendung auf diejenigen Rechtsverhältnisse oder Geschäfte, Personen oder Sachen, wofür sie gegeben sind, verpflichtet.

Anders ist es aber, wenn ein ausländisches Gesetz mit einem inländischen über den nämlichen Gegenstand in geradem Widerspruch steht, wie in dem oben angeführten Fall. **) Da muß das in der

---

*) Demnach würde die in einem fremden Lande von einer Frau, an deren Wohnsitz römisches Recht gilt, übernommene Bürgschaft nicht ungiltig seyn wenn am Orte des geschlossenen Vertrags röm. Recht nicht gilt. Das Sct. Vellej. ist aber doch ein reines Personalstatut, die durch dasselbe an einen bestimmten Zustand geknüpfte Unfähigkeit muß also nothwendig dieselbe bleiben, wo immer die damit behaftete Person das Rechtsgeschäft vorgenommen haben mag.

**) Dies erfordert übrigens eine genauere Erwägung. Z. B. A. schließt einen Kauf in Frankreich ab, wo derselbe nur dann gilt, wenn er schriftlich errichtet ist, während er an seinem Wohnsitz schon durch mündliche Uebereinstimmung vollgiltig wird, aber auch in seinem Lande gilt der Grundsatz, daß die Rechtsbeständigkeit eines Vertrags sich nach den Gesetzen des Orts richte, wo er erfüllt werden soll. Hier ist keine eigentliche Collision vorhanden, weil auch der einheimische Gesetzgeber den obersten Grundsatz sanctionirt hat. Umgewandt: A. hat ein Besitzthum nach den Gesetzen, unter welchen er lebt, wohl erworben, so muß seine Erwerbung auch von auswärtigen Gerichten, nach deren Gesetzen es an einigen Erfordernissen fehlen würde, als wohl erworben anerkannt werden. Denn jeder christliche Staat erkennt den andern als Staat und seine Gesetze

Souveränität wesentlich begründete völkerrechtliche Princip entscheiden, daß kein Staat die Gesetze eines andern Staates als Gesetz in seinem Staatsgebiet für sich, seinen Souverän, sein Volk, seine Richter und Beamte anzuerkennen hat. — Demzufolge dürfte sich der von Pütter am angeführten Ort gründlich entwickelte Satz rechtfertigen: Rechtsgeschäfte, welche der Fremde in einem dritten Staat eingegangen hat, sind nach dessen Recht auch in Betreff seiner Rechtsgeschäftsfähigkeit zu beurtheilen, mit der Maßgabe jedoch, daß der in seiner Heimath rechtsgeschäftsfähige Fremde überall rechtlich verbunden ist. Wohlerwogen ist demnach der Art. I. der deutschen Wechselordnung v. 27. Nov. 1848. „Die Wechselfähigkeit eines Ausländers wird nach den Gesetzen des Staats beurtheilt, welchem er angehört. Jedoch wird ein (danach) nicht wechselfähiger Ausländer durch Uebernahme von Wechselverbindlichkeiten im Inlande verpflichtet, in so ferne er nach den Gesetzen des Inlandes wechselfähig ist." Aehnlich ist die Bestimmung in der Einleitung zum preußischen Landrecht §. 35.

Wenn eine Ausländerin für ihren Ehemann an ihrem Wohnort eine nach den dortigen Gesetzen giltige Expromission vorgenommen hat, welcher nach unsern Gesetzen die zu einer giltigen Verpflichtung nöthigen Erfordernisse fehlen, oder überhaupt die Statthaftigkeit abgesprochen ist, so kann diese Expromittentin gleichwohl auch bei unsern Gerichten die Unfähigkeit zu solcher Verpflichtung, wenn sie gleich nachher zu uns gezogen ist, nach unseren Gesetzen nicht behaupten, weil unsere Gesetze das semel utiliter constitutum anerkennen; l. 85. §. 1. D. 50. 17. Wächter im civilist. Archiv Bd. XXV. S. 8. Eben so hat unser Richter auch unsere Unterthanen, ohne Unterschied, ob sie im In- oder Ausland handeln, rücksichtlich ihrer Fähigkeit, Rechtsgeschäfte einzugehen, und sich selbständig zu verpflichten, nach unsern Gesetzen zu beurtheilen.

Von der Regel, daß die Rechts- und Handlungsfähigkeit der Person nur nach den Gesetzen ihres Wohnorts zu beurtheilen sey, muß man gleichwohl Ausnahmsfälle anerkennen.

a) Bei Gesetzen von streng positiver zwingender Natur.

b) Bei Rechtsinstituten eines fremden Staates, deren Daseyn in dem unsrigen überhaupt nicht anerkannt ist, welche daher in

---

als in dessen Gebiet gesetzliche Kraft habend an, mithin muß er die nach diesen Rechten und Gesetzen wohl erworbenen Rechte auch in seinem Gebiete und Gerichte anerkennen und schützen.

unserem Staate keinen Anspruch auf Rechtsschutz haben, s. v. Savigny System. Bd. VIII. S. 33.

Z. B. ist eine Ehe in einem Land, wo sie blos durch eine Erklärung vor dem Civilgericht perfekt wird, auf diese Weise geschlossen, so muß dieselbe auch in einem andern Lande anerkannt werden, wenn sie gleich nach dessen Gesetzen nur durch priesterliche Einsegnung Giltigkeit erlangen könnte. Statuirt aber — wie im Königreich Würtemberg der Fall ist — das Gesetz dieses anderen Landes: „innerhalb des Staats soll ohne priesterliche Einsegnung keine eheliche Verbindung rechtlicher Wirkungen fähig seyn, unangesehen, ob an dem Ort, wo die Verbindung geschah, die Einsegnung als nothwendig betrachtet werde, oder nicht," — so würde der Richter dieses Landes die aus solcher Ehe erzeugten Kinder nicht als legitim erkennen dürfen. v. Savigny a. a. O. S. 325. 357. Wächter im civilist. Archiv Bd. XXV. S. 180. Thöl Einleit. in d. deutsch. Privatr. S. 180. Sintenis prakt. gem. Civilr. I. §. 7. S. 70. Purgold im Archiv f. practische Rechtswiss. V. (1857) S. 272.

Ist der Adel in einem Lande gänzlich abgeschafft, so kann der adeliche Ausländer da nicht die Adelsprivilegien geltend machen. Fremde Minderjährige und Frauen können ihre jura singularia bei uns nur in so weit geltend machen, als unserer Gesetzgebung solche Rechte nicht fremd sind. —

Wenn ein Creditgesetz auf unserer Universität den Studierenden die Fähigkeit beilegt, sich bis auf einen gewissen Grad selbständig zu verpflichten, so kann es dem fremden Studierenden nichts helfen, daß das Gesetz seines Landes ihm diese Fähigkeit abspricht. — So darf unser Richter auch den fremden Juden nur nach unseren Gesetzen behandeln. Wir behandeln den Fremden, welcher nach dem Rechte seines Landes noch minderjährig ist, auch bei uns als minderjährig, hinsichtlich der ihm zustehenden Restitution entscheiden aber unsere Gesetze, wenn sie ihr auch engere Schranken setzen, als die seines Domicils. So auch bei Frauen in Beziehung auf Rechtsirrthum u. dergl. (Wächter a. a. O.)

Ob die Infamie, welche der Ausländer nach den Gesetzen seines Landes verwirkt hat, auch bei uns, wenn er da in quaestionem status verfällt, die Wirkung habe, daß er von unserem Richter gleicherweise als infam zu behandeln sey, wenn gleich nach unseren Gesetzen mit der von ihm begangenen Handlung oder erlittenen Strafe die Infamie nicht verbunden ist, wird zweifelhaft gemacht. (Wächter a. a. O. Bd. XXV. S. 182. Mittermaier d. Privatr. Bd. I. S. 115 2c.

Not. 13.) Die meisten Rechtslehrer betrachten indeß die Infamie als eine Eigenschaft der Person, welche sich nach den Gesetzen des Wohnorts richte und sie überall begleite.*) (Glück Comment. Thl. I. S. 399.) Dasselbe muß man consequent auch von den Wirkungen einer Prodigalitäts=Erklärung, gegen Mittermaier a. a. O. und Phillips deutsch. Privatr. Th. I. S. 187., behaupten, wenn man in ihr den Ausspruch findet: es leide der wegen seiner Verschwendung Bevormundete an einer Art von Seelenstörung, welche ihn unfähig mache, seine Geschäfte vernünftig zu besorgen, mithin an einem Mangel natürlicher Rechtsfähigkeit (s Erk. d. App. Ger. in Dresden, in Schwartze u. Heyne Untersuchung prakt. wichtiger Materien ꝛc. S. 231., Hommel obs. 409., Tittmann de compet. leg. extern. p. 37. 52. Hänsel Excurse zu Curtius Abth. III. S. 498. Kritz Rechtsfälle Th. I. S. 125). – Anderer Meinung ist zwar Günther in Weiske's Rechtslexikon Bd. IV. S. 729., indem er die Prodigalitäts=Erklärung blos als eine polizeiliche Maßregel betrachtet, um zu verhindern, daß der Verschwender nicht dereinst den Seinigen oder dem Staat zur Last falle, weshalb sich ihre Wirkungen nicht über die Grenzen des Staats hinaus erstrecken könnten. Allein es dürfte wohl nicht auf die Wirkung, sondern auf das Recht der Freiheitsbeschränkung ankommen, welche vom Gesetz und Richter ausgeht;**) wir werden jedoch

*) Dagegen behauptet Pütter a. a. O. S. 91. die Ehrlosigkeit nach Urthel und Recht selbst deutscher Gerichtshöfe habe als ausländische Entehrung nicht die rechtliche Wirkung der inländischen, weder für Inländer noch Ausländer, wofür das Beispiel des Ministers v. Hassenpflug angeführt wird, – welcher aber in 3ter Instanz frei gesprochen wurde. Infamia facti wird vom Richter nach seinem Landesgesetz beurtheilt.

Bemerkenswerth scheint folgender Fall:

**) In Haushalter's civil- und criminalrechtl. Abhandl. Nr. 8 findet sich die Frage: kann gegen einen Ausländer, welcher in Preußen wegen eines den Adelsverlust nach sich ziehenden Verbrechens bestraft werden soll, auf Aberkennung des Adels gesprochen werden? verneinend entschieden. – Von einem mittelbaren Einfluß ausländischer Gesetze auf ein zwischen Unterthanen eines andern Staates geschlossenes Rechtsgeschäft gibt Pfeiffer in den prakt. Ausführungen Bd. III. S. 83. folgendes Beispiel: Der hessische Weinhändler A. schließt mit dem Fuhrmann B. einen Vertrag ab, wodurch dieser sich verpflichtet, eine Quantität Wein und Rum nach Bernburg in Preußen, die Ohm für 15 Thlr. fracht- und steuerfrei zu verführen, widrigenfalls die übernommene Waare zu dem angesetzten Preis zu bezahlen. An der preußischen Zollstätte wurde aber die Ladung in Beschlag genommen und dadurch der Weinhändler A. veranlaßt, zur Abwendung der Confiscation eine bedeutende Summe zu bezahlen, welche er nun gegen den Fuhrmann, gestützt auf den erwähnten Ver-

auf den fremden prodigus immer nur diejenigen Rechtswirkungen anzuwenden haben, welche unsere Landesgesetze mit dieser Eigenschaft verbinden; (s. Wächter a. a. O. Bd. XXV. S. 179.)

Zu II. 1) Rechte an bestimmten Sachen, und zwar

a) an unbeweglichen.

Wo Immobilien nicht als Bestandtheil einer universitas, sondern einzeln für sich in Betracht kommen, ist es unbezweifelt, daß sie den Gesetzen des Orts, wo sie liegen, in Beziehung auf Erwerb und Verlust, Usucapion, auf den Umfang, den Besitz und die Beschränkungen dinglicher Rechte an Immobilien, Lasten und Verbindlichkeiten unterworfen sind, und die statuta in rem concepta über sie entscheiden. Auch ist es einerlei, ob Einheimische oder Fremde zu den Objecten in Verbindung treten. Selbst wenn statuta realia zur Erwerbung oder Uebertragung von Rechten an unbeweglichen Sachen eine obligatio praecedens erfordern, muß diese Handlung nach Form und Inhalt den Realstatuten gemäß seyn, doch kann nach der Regel: Willkür bricht Landrecht, durch Vertrag einem Andern ein von den gesetzlichen Bestimmungen abweichendes Recht an einer solchen Sache eingeräumt werden, sobald kein Prohibitivgesetz deren Aenderung im Weg steht, und jene mithin nur naturalia pacti sind, s. Eichhorn deutsch.

---

trag, einklagte. Dieser, ob er gleich durch das fast doppelte Frachtlohn die Gefahr übernommen hatte, verweigerte dennoch die Zahlung und das Oberappellationsgericht wies die Klage des Weinhändlers A. ab, weil, — wenn gleich die Verletzung ausländischer Steuergesetze kein im Inland strafbares Vergehen, doch der darauf gerichtete Vertrag ein negotium turpe, mithin nicht klagbar sey. — Duncker dagegen — im Archiv f. civilist. Praxis Bd. XXI. S. 221. — deducirt aus Veranlassung einer gegen die Gesetze eines fremden Staates abgeschlossenen Schmuggel-Assecuranz: die Uebertretung der Zollgesetze eines Staates, zu welchem der Schmuggler nicht im Unterthans-Verhältniß steht, sey keine unsittliche Handlung, weil dem fremden Staat gar kein Recht auf meine Handlungsweise zustehe, und sein Gesetz nicht weiter verbindende Kraft habe, als für seine Unterthanen. — Schweppe röm. Privatrecht I. §. 6. a. E. Mittermaier im deutsch. Privatr. §. 212. Eichhorn deutsch. Privatr. §. 114. Pöhls Darstellung des Seeassecuranzrechts Thl. I. S. 70. Maurenbrecher deutsch. Privatr. §. 391. — Anders wäre es wohl, wenn der Fremde in dem Zustand eines subditus temporarius ein Ausfuhrverbot des Staats, in welchem er sich eben aufhielt, übertreten hätte; denn die von Hartleben in Meditt. ad Pand. Vol. I. Sp. IX. aufgestellte Meinung, ein Fremder, der sich bei uns aufhalte, sey den Ausfuhrverboten unseres Staates in der Regel nicht unterworfen, wird nirgend einen Vertheidiger finden.

Privatr. §. 36. Wächter a. a. O. Bd. XXV. S. 192. ff. 363. ff. v. Savigny a. a. O. S. 295. ff. Thöl, Einleitung §. 79.

b) An beweglichen Sachen.

Es ist ein seit den Glossatoren sehr verbreiteter Satz: mobilia sequuntur personam [mobilia ossibus inhaerent], welchem auch unter den Neueren, namentlich Hofacker Princ. jur. civ. T. I. §. 140., Thibaut System d. P. R. §. 38., Mittermaier deutsch. Privatr. §. 33., Schweppe röm. Privatr. Bd. I. S. 52. u. a. m. gefolgt sind. Vergl. Schäffner, Entwickelung des internat. Privatr. (1841) S. 80. ff. Unbestreitbar ist der Vorzug der Gesetze, welchen die Person durch ihren Wohnsitz unterworfen ist, bei dem ehelichen Güterverhältniß, testamentarischen und Intestat-Erbrecht, wofür von Voet Comm. ad Pand. Lib. I. tit. 4. P. II. no. 12. eine allgemeine Praxis behauptet wird.

Sehr zweifelhaft ist dagegen derselbe in Ansehung einzeln in Betracht kommender beweglicher Sachen, welche nicht von deren Besitzer eine Bestimmung erhalten haben, welche sie an einen bleibenden Sitz fest bindet, und dadurch den Immobilien gleich stellt, mithin dem örtlichen Recht unterwirft, z. B. das Hausmobiliar, das Inventar eines Landguts, eine Bibliothek, Kunstsammlung u. dergl. — Mehrere halten aber auch außerdem das Gesetz des Orts der gelegenen Sache für überwiegend, besonders hat sich hierfür v. Savigny im System des röm. Rechts S. 181. entschieden, indem er das Recht des Wohnsitzes des Besitzers nur ausnahmsweise in solchen Fällen gelten lassen will, wo die Sache durchaus gar nicht an einem Ort haftet, wie bei den auf der Route befindlichen Frachtwaaren, Reisegepäck u. dergl. Allein v. Savigny stößt selbst auf mehrere Fälle, welche er der vermeinten Regel nicht unterwerfen kann; z. B. wenn Jemand an einem andern Ort als an seinem Wohnsitz Waaren auf unbestimmte Zeit aufbewahren läßt, oder an einem fremden Ort Geräthschaften bei einem vorübergehenden Aufenthalt des Besitzers sich befinden, soll es nach v. Savigny nicht blos darauf ankommen, ob die Sachen da längere oder kürzere Zeit das Verbleiben haben, sondern auch auf die Natur der Rechtsregel, deren Anwendbarkeit gerade in Frage gestellt wird; z. B. für die Frage nach der Form der Veräußerung möchte auch schon ein sehr kurzer Aufenthalt an einem bestimmten Ort hinreichen, um das örtliche Recht der gelegenen Sache anwendbar zu machen, anstatt daß die Ersitzung vielleicht anders anzusehen seyn werde; s. v. Savigny a. a. O. S. 181.

Solches Bedürfniß von Modifikationen und Ausnahmen, welches v. Savigny selbst anerkennt, und sich noch weiter verfolgen läßt, bewegt uns zu der Meinung, daß die Beziehung beweglicher Sachen auf die Gesetze des zufälligen Orts, wo sie sich gerade befinden, wofür v. Savigny außer Wächter a. a. O. auch Foelix du conflit des loix §. 2. anführt, noch weit weniger Anspruch darauf hat, als Regel zu gelten, als das von den Alten für überwiegend geachtete Princip, welche nicht die todte Sache an sich, sondern ihr Verhältniß zu der Person, welcher ein attractives Vermögen über die Sache zukommt, in das Auge gefaßt, und mit dem Satz: mobilia ossibus inhaerent*) ausgedrückt haben, indem sie das Wesentliche über das Zufällige erheben zu müssen glaubten, und das Bedürfniß fühlten, die beweglichen Sachen an das Stetige, nämlich an die Person des Gewalthabers zu knüpfen, anstatt sie als etwas für sich bestehendes selbständiges behandeln zu wollen. Dieser ältern Ansicht sind auch das preußische und das österreichische, implicite auch das französische Civilgesetzbuch gefolgt, nicht aber der bayerische Codex Max. Civilis P. I. Cap. II. §. 17. [Der neuern Ansicht sind auch Günther in Weiske's Rechtslexikon, IV. S. 736. u. Seuffert Pandektenrecht, §. 17. Ueber Preußen s. Koch, I. §. 40. No. II. IV., über Oesterreich s. Unger a. a. O. I. S. 173. ff.]

Immerhin mag es aber wohl zweifelhaft bleiben, ob eine wie die andere Regel ganz allgemein durchführbar sey, und ob nicht, wie Eichhorn im deutschen Privatrecht §. 36. dafür hält, nach Verschiedenheit der Umstände bald die Gesetze des Orts, wo der Rechtsstreit über ein solches Verhältniß geführt wird, bald die des Wohnorts der Person, die ein Recht daran ausüben will, zur Entscheidung dienen müssen, am wenigsten aber die entgegengesetzte Regel, daß auf den Ort zu sehen sey, wo sich die Sache befindet, allgemein gerechtfertigt werden könne. Vgl. Mittermaier deutsch. Privatr. §. 32. (§. 27.) Man setze z. B. folgenden Fall: Ein Vindicant wird von dem Besitzer und Erwerber der Sache mit der Berufung auf das in seinem Lande geltende, aber an dem Wohnort des Vindicanten und auch an dem Orte, wo die Sache vindicirt wird, nicht angenommene Gesetz: Hand muß Hand wahren, zurückgewiesen. Muß nun nach den einheimischen Gesetzen des Verklagten auch dann entschieden werden, wenn die Sache an einem Ort, wo dieses Gesetz nicht gilt, vindicirt und mit Arrest bestrickt wird? Oder hat der Richter dieses Orts nur nach seinen

*) oder auch: personal property has no locality.

Gesetzen zu entscheiden? Mittermaier a. a. O. §. 32. S. 120. stimmt für Letzteres, Eichhorn dagegen a. a. O. §. 36. not. 1. scheint der Einrede statt zu geben, wenn der Beklagte sie mit seinen einheimischen Gesetzen begründen kann.

Bei dem Sachenrecht kommen vorzüglich in Betracht

A. Eigenthum.

Auch hier muß der von Einigen gemachte Unterschied zwischen Eigenschaften der Person und rechtlichen Wirkungen dieser Eigenschaften verworfen, vielmehr die Fähigkeit, Eigenthum zu erwerben, da sie nur einen einzelnen Zweig der allgemeinen Rechts- und Handlungsfähigkeit bildet, nach dem örtlichen Recht des Wohnsitzes beurtheilt werden, nur gilt auch hier die im Eingang im Allgemeinen angedeutete Ausnahme zu Gunsten des Realstatuts oder der lex rei sitae, wenn dieses streng positiver zwingender Natur ist, wie die Gesetze, welche einen polizeilichen Charakter haben. Schäffner a. a. O. S. 74.

Ueber die Frage, was zur giltigen Veräußerung von Immobilien eines Minderjährigen gehört, haben nicht die Gesetze des Orts der gelegenen Sache, sondern des Landes, wo der Minderjährige seinen Wohnsitz hatte, und wo die Vormundschaft geführt wurde, zu entscheiden; s. v. Savigny a. a. O. S. 182. Archiv f. d. Civil- und Criminalr. d. k. preußischen Rheinprovinzen. Neue Folge. Bd. 47. H. I. Abth. 2. S. 46. und 52. Wächter a. a. O. XXV. S. 165 Schäffner a. a. O. S. 73.

Die Fähigkeit einer Sache, dem Privateigenthum unterworfen zu werden, in commercio esse, ist unzweifelhaft nach dem Gesetz des Orts, an welchem sie liegt, zu beurtheilen, und das nach diesem Gesetz erworbene Eigenthum muß auch in jedem anderen Staat anerkannt werden.

Ebenso die Occupation herrenloser Sachen.

Ueber die Formen der Veräußerung entscheidet das Gesetz des Orts, an welchem sich die Sache zur Zeit der Eigenthumsübertragung befindet. Ein augenblicklicher Aufenthalt kann da freilich nichts entscheiden, sondern vielmehr der Ort, wo die Sachen zunächst zu bleiben bestimmt sind, was häufig der Wohnsitz des gegenwärtigen Eigenthümers (des Veräußerers) sein wird; s. v. Savigny a. a. O. S. 185. Bei Veräußerung von Kaufmannswaaren kommt die rechtliche Wirkung der Connossemente und der Aufsetzung des kaufmännischen Zeichens in Betracht. Thöl Handelsrecht §. 79. 80.

Der Erwerb durch Ersitzung ist bei unbeweglichen Sachen unstreitig nach der lex rei sitae zu beurtheilen, bei beweglichen nicht unbestritten, da aber der fortwährende Besitz die Grundlage aller Ersitzung ist, und der Besitz als ein seinem Wesen nach ganz thatsächliches Verhältniß noch unzweifelhafter als jedes dingliche Recht nach der lex rei sitae zu beurtheilen ist, so nimmt auch v. Savigny a. a. O. S. 186., sowie Mühlenbruch im Lehrbuch der Pandecten §. 73. und die dort Citirten, die lex rei sitae als maßgebend an und urtheilt über den Fall, wenn die Sache während der Ersitzungszeit innerhalb verschiedener Landgebiete gewesen ist, dahin, daß alle diese Zeiten des Besitzes zusammengerechnet werden müssen, der Ablauf der Ersitzung aber, also der vollendete Erwerb des Eigenthums nach dem Recht des Orts, an welchem sich die Sache zuletzt befindet, zu beurtheilen sey. — Abweichend ist Schäffner a. a. O. §. 34., indem er, was die Verjährung einer beweglichen Sache betrifft, auf die Gesetze desjenigen Landes gesehen wissen will, wo sich zuerst eine Thatsache verwirklicht hat, welche die Fähigkeit zur Verjährung entweder constituirt, oder nicht duldet. Das Unpraktische dieses Satzes ist von dem Recensenten dieses Werks in der Allg. Lit. Ztg. v. J. 1843. no. 152. überzeugend dargelegt.

Die Verfolgung des Eigenthums durch Klage sammt allen Nebenfragen ist nach dem Recht des Orts, wo der Proceß geführt wird, zu beurtheilen. Dieses kann der Ort der gelegenen Sache seyn, wegen des an diesem Ort begründeten Gerichtsstandes, alsdann ist die lex rei sitae anwendbar. Es kann aber auch der Wohnsitz des Beklagten seyn, wegen der elektiven Concurrenz dieses fori, und dann wäre die lex domicilii des Beklagten anzuwenden; s. v. Savigny a. a. O. S. 187. Dagegen wird in Seuffert's und Glück's Blättern f. Rechtsanwend. Bd. XIV. S. 411. eingewendet, daß zwar bezüglich der proceßrechtlichen Fragen v. Savigny's Grundsatz nicht zu bestreiten, aber hinsichtlich der materiellen Bedingungen nicht zuzugestehen, sondern lex rei sitae zum Grund zu legen sey. Z. B. wer eine unter der Herrschaft des Preuß. Landr. liegende Sache erworben hat, unterwarf sich damit der Vorschrift des Landr. Thl. I. Tit. 15. §. 1. und 26., welche die Vindication gegen den redlichen Besitzer durch Erstattung des von diesem Ausgelegten bedingt. Es kann nicht in der Willkür des Vindicanten liegen, die Anwendung dieser Vorschrift dadurch auszuschließen, daß er den Besitzer bei dem Gericht seines Wohnorts belangt, wo römisches Recht gilt, nach welchem, s. l. 3. 23. C. 3. 32., in der Regel kein Anspruch auf Ersatz des Kaufpreises gilt, denn v. Sa=

vigny spricht es doch selbst aus, daß, wer an einer Sache ein Recht erwerben, haben, ausüben will, sich dafür der lex rei sitae unterwirft. Vergl. auch Unger Oesterreich. Privatr. I. S. 176.

B. Jura in re.

In Ansehung der Prädialservituten, sowie der persönlichen Servituten, deren Gegenstand eine unbewegliche Sache ist, entscheidet unstreitig die lex rei sitae,*) eben so über die Emphyteuse und Superficies. v. Savigny, a. a. O. S. 189. In Ansehung beweglicher Sachen waltet der oben in Ansehung des Sachenrechts im Allgemeinen erwähnte Streit ob, indem sich die Meinungen zwischen der lex domicilii und der lex rei sitae theilen.

Für das Pfandrecht muß das örtliche Recht der gelegenen Sache als Regel festgehalten werden. Schäffner a. a. O. S. 78. 79. Davon glaubt zwar Meißner v. stillschw. Pfandr. §. 24. eine Ausnahme machen zu müssen, wenn das Vermögen als universitas Gegenstand des Pfandrechts sey, welchenfalls die Gesetze des Wohnortes zu entscheiden hätten. Man würde aber wohl irren, wie v. Savigny a. a. O. S. 192. bemerkt, wenn man unter der hypotheca omnium bonorum sich eine universitas vorstellen wollte; denn darin liegt nur eine indirecte Bezeichnung und Begrenzung der Gegenstände, die als einzelne Sachen mit dem Pfandrecht behaftet sein sollen.**)

C. Der Besitz kann seiner Natur nach nur dem örtlichen Recht der gelegenen Sache unterworfen seyn, daher auch die bei den nach ihrer delictartigen Natur dem örtlichen Gesetz des Proceßrichters un=

---

*) Einen eigenthümlichen Fall in Ansehung der hier analog in Betracht kommenden gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthums beurtheilte das O.-A.-G. in Kiel folgendermaßen: der Besitzer einer unter Lübischem Recht, welches dem Besitzer eines Hauses die Freiheit benimmt, ohne der Nachbarn Willen und Vergünstigung neue Fenster, Schornsteine und Feuerstätten anzulegen, stehenden Hauses wurde, da er dergleichen gleichwohl eingerichtet hatte, auf deren Hinwegnahme von dem Staat als Eigenthümer eines auf dem nicht unter Lübischem Recht auf dem Festungsterrän stehenden Gebäudes gerichtlich belangt, die Klage wurde aber aus dem Grunde abgewiesen, weil das dem Lübischen Recht nicht angehörige praedium aus demselben eben so wenig Rechte geltend machen könne, als ihm aus demselben Verbindlichkeiten auferlegt werden können; s. Seufferts Archiv Bd. VII. H. 1. S. 1.

**) Unhaltbar ist auch die Meinung Schweppe's im röm. Privatr. Th. I. §. 20. b. „Das gesetzliche Pfandrecht folgt den Gesetzen der Obligation, an welche es sich anknüpft, das conventionelle den Gesetzen der Rechtsdisposition, durch welche es entsteht." Extra territorium ließe sich dieser Satz nicht durchführen.

terworfenen possessorischen Interdicten vorkommende Frage nach dem Daseyn und der Anerkennung des Besitzes; s. v. Savigny a. a. O. S. 199.

Zu II. 2) Obligationen.

In Ansehung der Form der Rechtsgeschäfte gilt unbestritten die Regel: locus regit actum. Seuffert's Archiv X. (1856), S. 163 u. 322. Dabei ist aber noch Zweifel darüber, ob sie immer nach den Statuten des Orts ihrer Vornahme eingerichtet werden müssen, oder nur können? insbesondere: ob nicht ein anderwärts geschlossenes, zwar nicht den dortigen Gesetzen, aber den Statuten der Heimath gemäß errichtetes Geschäft gleichwohl allda aufrecht zu erhalten sey? — Die bejahende Meinung vertheidigt: Voet., Comm. ad Pand. Lib. I. tit. IV. P. II. §. 15. Zachariae lib. quaestionum I. §. 8. no. 1. Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. I. §. 73. not. 13. Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. I. §. 31; Günther in Weisle's Rechtslexikon Bd. IV. S. 738; Schweppe röm. Privatr. Bd. I. §. 20. b. S. 52; Zachariä in der Zeitschrift Themis Bd. II. S. 101. u. A. Auch Thibaut folgte in den früheren Ausgaben seines Systems der Pand. §. 36. dieser Ansicht, gab sie aber in der 8ten Ausg. §. 38. wieder auf (vrgl. Braun's Dictate zu Thibaut S. 60.) und gesellte sich zu den Anhängern der entgegengesetzten Meinung, namentlich Danz im Handb. d. deutsch. Privatr. Bd. I. S. 183; Pütter auserlesene Rechtsfälle Bd. III. Th. I. S. 8; Riccius von Stadtgesetzen Buch II. Hptst. 15. §. 2. S. 533. u. 545; Hofacker Princ. jur. civ. T. I. §. 142. u. A. Unbedenklich möchte dagegen derjenigen Meinung der Vorzug einzuräumen seyn, welche zunächst darauf Rücksicht nimmt, wo das Geschäft in Wirksamkeit kommen soll. Ist dies der auswärtige Ort, so ist dafür, daß sich die Contrahenten dessen Gesetzen unterwerfen wollten, wohl mehr als bloße Vermuthung, weil sie deren Schutz zur Erreichung ihres Zweckes nicht entbehren können. Soll aber das auswärts geschlossene Geschäft im Inlande wirksam werden, so ist gar kein Grund für jene Vermuthung, sondern vielmehr für das Gegentheil vorhanden, und überdem wird dann das Rechtsinteresse desjenigen Staats, in welchem sie contrahirten, und sich nur vorübergehend aufhielten, gar nicht berührt, und ist keine Ursache vorhanden, ihrem Rechtsgeschäft, wenn es auch nur den inländischen Gesetzen gemäß ist, deren Schutz zu entziehen; s. Erk. d. O.-A.-G. in Jena in Emminghaus Pandecten d. g. Sächsisch. Rechts S. 54;

Glück P. C. Bd. I. §. 75; Hert de collis. legum §. X. S. 182; Eichhorn deutsch. Privatr. §. 35. und 37.

Die Beweiskraft eines Handelsbuchs ist zu beurtheilen nach dem Gesetz des Orts, wo es geführt wurde, s. Erk. d. O.=A.=G. in Cassel, in Seuffert's Archiv Bd. II. no. 121. Die Beweiskraft scheint zwar dem Proceßrecht anzugehören, und deshalb dem Gesetz des Gerichtsorts unterworfen werden zu müssen. Allein sie ist hier unzertrennlich verbunden mit der Form und Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts selbst, welche hier als das Ueberwiegende betrachtet werden muß; s. v. Savigny a. a. O. S. 355. Der Fremde, der sich mit dem Kaufmann eines Orts, an welchem Handelsbücher gelten, einläßt, unterwirft sich dem örtlichen Recht derselben.

Was den materiellen Inhalt der Rechtsgeschäfte betrifft, so kommt in Betracht:

a) das Erlaubtseyn derselben;

b) die persönliche Rechtsfähigkeit der Handelnden;

c) die rechtlichen Wirkungen und Folgen eines an sich erlaubten Geschäfts.

Zu a) Hier kann nicht überall das Gesetz des Ortes, wo die Handlung vorgenommen wurde*), Norm geben, wie Glück im P. C. Bd. I §. 44. no. 2. und Weber von der natürlichen Verbindlichkeit §. 62. lehren, denn, wenn einheimische gebietende oder verbietende Gesetze einem am Orte der Errichtung giltig geschlossenen Geschäft entgegenstehen, so kann der einheimische Richter nicht dasselbe, wenn es bei ihm klagbar wird, für giltig erkennen. Z. B. wenn aus einem jüdischen Darlehensvertrag gegen unseren Unterthan die nach Preuß. Landr. Thl. I. Tit. XI. §. 805. erlaubten achtprozentigen Zinsen bei dessen einheimischem Gericht, wo alle das Maß von 5 Proz. überschreitenden Zinsen als wucherlich verworfen sind, eingeklagt würden, so hälfe dies dem Kläger nicht, daß sie an einem preußischen Ort stipulirt waren. Tittmann D. de statut. conflictu pag. 6. u. 9. Ein am Wohnort des Bürgers geltendes Prohibitivgesetz kann dadurch nicht unanwendbar werden, daß am Ort der Eingehung des Geschäfts ein solches Gesetz nicht besteht; s. Mittermaier deutsch. Privatr. §. 31. Wening=Ingenheim Lehrb. d. gem. Civilr. I.

*) Wenn die Frage entsteht, ob eine im Inland verbotene Handlung, welche im Ausland vorgenommen wurde, als in fraudem legis geschehen zu betrachten sey? so ist neben dem factum noch besonders zu beweisen, daß der Handelnde die Absicht hatte, das Gesetz zu umgehen; l. 29. §. 1. D. 16. 1. — l. 14. §. 5. D. 40. 9.

§. 22. (19.) Schweppe R. Privatr. I. S. 49. Mühlenbruch Pandecten §. 72. not. 2. — Wenn Weber v. d. natürl. Verbindl. §. 62. sagt: „Wer an einem Ort, wo die Glücksspiele erlaubt sind, so daß auf den Gewinn geklagt werden kann, eine Summe Gelds verspielt, gegen den findet auch an andern Orten, wo die Spiele untersagt sind, eine Klage statt," wie man auch in Braun's Dictaten zu Thibaut §. 36. liest, so stehen nach unserer Theorie erhebliche Bedenken entgegen, und man muß wenigstens den Satz dahin beschränken, daß gleichwohl da nicht wirksam geklagt werden kann, wo nicht nur die Hazardspiele verboten sind, sondern auch angeordnet ist, daß überhaupt keine Klage aus Spielschulden angenommen werden dürfe; s. Mittermaier im civil. Archiv. Bd. XIII. S. 306; Wächter das. Bd. XXIV. S. 262. Umgekehrt muß aber zugegeben werden, daß eine da, wo die Gesetze das Spiel verbieten, contrahirte Spielschuld auch an Orten, wo dasselbe erlaubt ist, nicht geltend gemacht werden kann; s. Weber a. a. O. S. 207. In so ferne wird man mit Wächter a. a. O. Bd. XXV. S. 8. sagen müssen: dem Ort der Errichtung eines Geschäfts- oder Rechtsverhältnisses kann nur ein negativer Einfluß auf die Rechtserwerbung zugestanden werden, welcher sich dahin äußert, daß, was nach den Gesetzen des Orts der Errichtung, denen sich die Parteien unterworfen haben, oder an und für sich unterworfen waren, ungiltig ist, auch von unseren Gerichten nicht giltig gesprochen werden kann, wenn gleich nach unseren Gesetzen ein solcher Act giltig wäre, nicht aber ein positiver Einfluß; denn ob ein Recht erwerbbar sey, hat unser Richter nur nach unseren Gesetzen zu entscheiden, wenn es vor ihm klagbar gemacht wird, und ist es nach diesen nicht erwerbbar, so kann unser Richter es auch nicht für wohl erworben erkennen, ihm nicht den richterlichen Schutz ertheilen. In so weit wird auch gegen den von Maurenbrecher im deutsch. Privatr. §. 144. — nur zu allgemein gefaßten — Grundsatz nichts einzuwenden seyn. „Rechtsgeschäfte sind nur von derjenigen Staatsobrigkeit abhängig, deren Schutz zu ihrer Wirksamkeit, oder deren Mitwirkung zu ihrer Begründung sie bedürfen."

Zu b) In Ansehung der persönlichen Rechtsfähigkeit ist auf das zu a) Bemerkte zurückzusehen. — Daß unser Richter unsere Unterthanen in Betreff ihrer persönlichen Fähigkeit zu diesem oder jenem Rechtsgeschäft immer nur nach unserem Recht zu beurtheilen habe, sie mögen handeln, wo immer sie wollen, kann wohl mit Grund nicht bezweifelt werden; denn unser Richter muß doch ohne Zweifel an-

nehmen, daß die in Gesetz und Verfassung begründeten Rechte der Person sie überall hinbegleiten, wo immer sie sich befinden mag. Wenn demnach eine Angehörige unseres Staats in einem andern Lande, wo die Frauen eines Vormunds bedürftig sind, ohne einen solchen ein Geschäft abschließt, so muß unser Richter, wenn unser Recht die Verpflichtungsfähigkeit der Frauen nicht auf die erwähnte Weise einschränkt, das Geschäft als gültig erkennen. Er wird aber auch das von der Fremden, welche nach dem Rechte ihres Staates die Einwilligung eines Vormunds zur Gültigkeit ihrer Handlung nöthig hat, bei uns ohne einen solchen eingegangene Geschäft als verbindend erkennen müssen, weil sie nach unserem Recht und unter dessen Herrschaft gehandelt hat; s. Wächter a. a. O. S. 180. Ganz unzweifelhaft wäre dies, wenn man die Adhibition eines Vormunds zu den Formen oder Solennien des Geschäfts zählen dürfte, wie Manche dafür halten; s. Tittmann Diss. cit. de comp. legum pag. 53. Hommel Rhaps. Obs. 409. no. 9. u. 10; Riccius von Stadtgesetzen S. 487. Allein eine solche Beschränkung der Handlungsfähigkeit, welche aus einer persönlichen Eigenschaft (fragilitas sexus) entspringt, kann wohl, wie Wächter a. a. O. bemerkt, so wenig als die Beiziehung des Vormunds von Seite eines Minderjährigen zur Form des Geschäfts gezählt werden.

Zu c) Hinsichtlich der Frage, nach welchen Gesetzen die rechtlichen Folgen und Wirkungen eines Geschäfts im Bereiche der blos dispositiven Gesetze zu beurtheilen seyen, glauben wir das Uebergewicht derjenigen Meinung beilegen zu müssen, welche, auf die zu vermuthende Absicht der Contrahenten gestützt (s. Eichhorn deutsch. Privatr. Bd. I. §. 37; Schweppe röm. Privatr. Bd. I. S. 54; Mittermaier deutsch. Privatr. §. 31. S. 117; Mühlenbruch doctrina Pand. Vol. I. §. 73) sich für das Gesetz des Ortes, wo der Contract geschlossen wurde, erklärt, und zwar ohne Unterschied, ob zur Erfüllung desselben ein bestimmter Ort festgesetzt worden ist, oder nicht; denn einen solchen Unterschied, welcher zu mißlichen Verwirrungen führen würde (s. Wächter im civil. Archiv Bd. XXV. S. 44; Kori Erörter. Bd. III. S. 22.) machen die Gesetze nicht; l. 6. D. 21. 1. — l. 1. pr. D. 22. 1. — l. 34. D. 50. 17. Dem steht auch l. 21. D. 44. 7. u. l. 3. D. 42. 5. nicht entgegen, um damit nicht den Contracts-, sondern den Erfüllungsort, locus solutionis, als maßgebend zu erkennen; denn nach ihnen soll der Ort, wo geleistet werden soll, nur in Beziehung auf den Gerichts-

stand entscheidend seyn,*) aber dasselbe ist nicht gesagt in Beziehung auf Auslegung des Willens der Parteien und Ergänzung dessen, was sie unbestimmt gelassen haben; s. Wächter a. a. O. Im Zweifel wird die allgemeine Interpretationsregel der l. 80. D. 45. 1. aushelfen müssen, daß diejenigen Gesetze vorzuziehen seyen, nach welchen das Geschäft aufrecht erhalten werden kann; l. 12. D. 34. 5.

Unserer wohl als vorherrschend anzusehenden Meinung**) entgegen, erachtet v. Savigny im System des röm. Rechts Bd. VIII S. 226. ff. zunächst den Erfüllungsort als den Sitz der Obligation und läßt das an dem Ort der obligatorischen Handlung geltende Recht nur in so weit gelten, als eben auch da die Erfüllung entweder ausdrücklicher Bestimmung der Contrahenten oder der Natur der Sache zufolge zu erwarten war. Es ist nun aber nicht für jede Obligation ein bestimmter Erfüllungsort gegeben, und die Meinung, daß in Ermanglung eines bestimmten Willens der Parteien das Gesetz für einen bestimmten Erfüllungsort gesorgt habe, verwirft selbst v. Savigny a. a. O. S. 228. Die gesetzliche Regel in l. 1. D. 33. 1. – l. 38. D. 5. 1. — l. 47. §. 1. D. de legat. (30.) l. 4. D. 13. 3. — l. 22. D. 12. 1. lautet nämlich blos dahin, daß in Ermanglung eines vertragsmäßigen Erfüllungsorts der Schuldner erfüllen muß da, wo er verklagt wird, ubi petitur, also an jedem Ort, wo der Kläger einen Gerichtsstand findet, den

---

*) Aber bekanntlich, ohne den allgemeinen Gerichtsstand des Wohnorts auszuschließen; l. 19. §. 4. D. 51., wo gelesen werden muß habeat statt habuit, s. v. Savigny a. a. O. S. 241. und mit der Maßgabe, daß der besondere Gerichtsstand der Obligation, welcher übrigens immer voraussetzt, daß der Schuldner in diesem Gerichtssprengel entweder anwesend sey oder Vermögensstücke besitze, in der Regel nur für die auf Erfüllung der Obligation gerichteten Klagen begründet ist, und nur ausnahmsweise für die die Auflösung derselben bezweckenden Klagen alsdann, wenn die Auflösung einer durch Vertrag begründeten Obligation aus einem diesem Vertrag beigefügten Nebenvertrag abgeleitet wird.

**) Welcher unter andern ein Erkenntniß des O.-A.-G. zu Lübeck (s. Seuffert's Archiv Bd. VI. H. 2. S. 161.) entspricht, indem es statuirte: „ob das Eigenthum verkaufter Waaren auf den Käufer schon durch die Perfection des Vertrags oder erst durch Empfangnahme von Seite des Käufers (oder seines Stellvertreters) übergegangen sey, ist als Vertragswirkung nach dem am Orte des Vertrags geltenden Rechte zu beurtheilen. [Dieser älteren Ansicht stimmen im Wesentlichen auch Schäffner a. a. O. §. 86. und Thöl Einleitung, §. 85. bei, wogegen Seuffert Pandectenr. §. 17. Walter Privatr. §. 48. v. Gerber System §. 32. u Unger Oesterr. Privatr. I. S. 179 der Savigny'schen Theorie beitreten.]

der Beklagte anerkennen muß, wonach der Erfüllungsort nicht das Bestimmende, sondern vielmehr vom Gerichtsstand abhängig ist, s. v. Savigny a. a. O. Nur eine exceptionelle Vorschrift ist es, daß der Schuldner einer individuell bestimmten beweglichen Sache (certa species) durch die Uebergabe an dem Orte, wo sie sich zufällig gerade jetzt befindet, sich liberiren kann, sie ist zur Erleichterung des Schuldners aus billigen Rücksichten gegeben, und zwar nur bei Klagen aus b. f. Contracten l. 12. §. 1. D. 16. 3. oder aus einem Testamente auf Entrichtung eines Legats l. 38. D. 5. 1. — l. 47. pr. §. 1. D. de legat. (30.), bei Klagen in rem, namentlich der Eigenthumsklage und bei der act. ad exhibendum l. 10—12. D. 6. 1. l. 11. §. 1. D. 10. 4. Eine exceptionelle Vorschrift ist auch die, welche zum Vortheil des aus Erbschaftsschulden belangten Fideicommißerben bestimmt, daß er sie nur da zu entrichten braucht, wo der größere Theil der Erbschaft liegt. Wenn nun nach v. Savigny der Erfüllungsort nicht allgemein durch gesetzliche Bestimmung geregelt ist, mithin nur aus ausdrücklicher Bestimmung der Contrahenten entnommen oder aus der Natur der Sache abgeleitet werden kann, so statuirt v. Savigny a. a. O. hiefür folgende — aber großentheils doch wieder auf den Ort des geschlossenen Vertrags zurückführende Regeln:

Das örtliche Recht der Obligation ist begründet,

I. wenn die Obligation einen fest bestimmten Erfüllungsort hat, an diesem Erfüllungsort.*)

Der Ort der Erfüllung kann entweder ausdrücklich bestimmt seyn, oder auch der Natur der Sache nach von der Art seyn, daß ein anderer Ort der Erfüllung gar nicht gedacht werden kann, wie denn z. B. bei einem Immobilienverkauf die Besitzübertragung (also die Erfüllung des Vertrags) nur da möglich ist, wo die Sache liegt;

II. wenn die Obligation hervorgegangen ist aus einer fortlaufenden Geschäftsführung des Schuldners, an dem Ort, an welchem diese Geschäftsführung ihren bleibenden Sitz [oder commerciellen Mittelpunkt] hat.

---

*) So richtet sich bei Wechselverbindlichkeiten — abgesehen von der persönlichen Fähigkeit des Wechselverpflichteten — Alles, was in Bezug auf die Ausstellung, namentlich auf den Inhalt, die ausdrückliche Bezeichnung als Wechsel, die Form der Giri, die Acceptation u. s. w. in einem Lande vorgeschrieben ist, nach den Gesetzen des Landes, wo der Wechsel geltend gemacht werden soll s. Günther in Weiske's Rechtslexikon Bd. IV. S. 741. Vgl. das in Seuffert's Archiv Bd. II. no. 121. ersichtliche Urtheil des Revisionshofs zu Berlin 1844.

Bei Obligationen, die aus einer fortgesetzten zusammenhängenden Thätigkeit des Verpflichteten entstehen, einer Thätigkeit, die stets einen längeren Zeitraum erfüllt, und zugleich mit einer bestimmten Oertlichkeit in Verbindung steht (Curatel, Generalmandat, Geschäftsführung rc.) fällt es in die Augen, daß die Erwartung der Erfüllung auf den bleibenden Sitz dieser Thätigkeit gerichtet war;

III. wenn die Obligation entstanden ist aus einer einzelnen Handlung des Schuldners an dessen Wohnsitz, an dem Ort dieser Handlung, so daß die spätere Aenderung des Wohnsitzes hierin nichts ändert;

IV. wenn die Obligation aus einer einzelnen Handlung des Schuldners außer dessen Wohnsitz, aber unter solchen Umständen entstanden ist, welche ebendaselbst, wo die Handlung vorgenommen worden ist, ihre Erfüllung erwarten lassen, an dem Ort dieser Handlung; Z. B. wenn Jemand außer seinem Wohnsitz ein gewerbliches Geschäft von einiger Dauer betreibt und dabei solche Einrichtungen trifft, aus welchen abzunehmen ist, er werde die Waaren, welche er am Orte jenes Geschäfts verkauft, auch ebendaselbst abliefern, l. 19. §. 2. D. 5. 1. oder sonst die Umstände darauf schließen lassen, an welchem Ort die Erfüllung beabsichtet war, z. B. wenn Jemand bei einem ein längeres Verweilen mit sich bringenden Geschäftsaufenthalt oder einem Badeaufenthalt Schulden für seinen Lebensbedarf macht, nicht aber, wenn er da einen Vertrag über ein Handelsgeschäft schließt, dessen weitere Entwickelung nur von der Heimath aus zu erwarten ist; s. Seufferts Archiv Bd. II. no. 19;

V. wenn keine dieser Voraussetzungen vorhanden ist, an dem Wohnsitz des Schuldners.*)

Wenn der Eigenthümer einer Fabrik Reisende aussendet, um Bestellungen zu sammeln, mithin Verträge über Lieferung von Waaren abzuschließen, ist die Frage, ob der Wohnort des Käufers oder des Verkäufers als Erfüllungsort gedacht werden müsse? hier ist für den

---

*) In diesem Punkt weicht v. Savigny's Theorie hauptsächlich von der sonst gewöhnlichen Ansicht ab. Ueberzeugend lehrt Martin (s. Emminghaus Pandecten d. gem. sächs. Rechts S. 56) „Sofern persönliche Rechtsverhältnisse in Frage sind, müssen die Rechte des Entstehungsorts aus einem zwiefachen Gesichtspunkt von Einfluß seyn, theils als voluntas partium saltem tacita, sofern von Bestimmungen die Rede ist, welche der Willkür der Contrahenten überlassen waren; hier gilt l. 6. D. 21. 2. — l. 34. D. 50. 17; theils kommen jene Rechte um deswillen in Betracht, weil die Paciscenten als subditi temporarii den Gesetzen des Orts, wo sie eben contrahirten, Gehorsam schuldig waren, deshalb aber auch befugt, sich auf sie zu berufen."

Wohnsitz des Verkäufers zu entscheiden, welcher durch die Absendung der Waare den Contract zu erfüllen hat; denn nach einer allgemeinen Regel kann die versprochene Uebergabe einer beweglichen Sache nur da gefordert werden, wo sie gerade jetzt liegt; l. 12. §. 1. D. 16. 3; und demgemäß geht die Gefahr der Waare mit deren Absendung auf den Käufer über; s. v. Savigny a. a. O. S. 225. Vrgl. auch Thöl Handelsr. §. 73 ff.

Wenn der Entstehungsort der Obligation auch nach v. Savigny wenigstens in mehreren Fällen maßgebend ist für das örtliche Recht derselben, so ist es nothwendig, die zuweilen zweifelhafte Frage zu lösen: wo ist der wahre Entstehungsort einer Obligation? — Wenn die Giltigkeit des Vertrags durch gesetzliche Vorschrift oder auch durch den Willen der Parteien abhängig gemacht worden ist von der Beobachtung einer besondern Form, etwa von schriftlicher oder gerichtlicher Abfassung, so ist der Ort, an welchem diese Form vollendet wird, der wahre Ort des Vertrags, weil bis zu dieser Vollendung kein Theil gebunden ist. Wenn der Vertrag unter Abwesenden durch Boten oder Briefe geschlossen wurde, so ist nach v. Savigny a. a. O. S. 235. u. 257. der Vertrag als geschlossen anzusehen an dem Ort, wo der Brief empfangen und zustimmend beantwortet wird; vgl. l. 55. D. 44. 7. – l. 17. C. 4. 21; Wächter im civil. Archiv. Bd. XXV. S. 45. hält dagegen dafür: die Verbindlichkeit eines Jeden sey nach den Gesetzen seines Wohnorts zu bestimmen, was jedoch mehr für die Interpretation gelten, als zur Entscheidung der Frage dienen dürfte, welche Dispositivgesetze der Richter bei einem unter Abwesenden geschlossenen Vertrag anzuwenden habe. Diese Frage entscheidet wohl überzeugender Eichhorn im deutsch. Privatr. S. 110. der 4. Ausgabe dahin: daß jeder Theil die Rechte, welche er aus einem solchen Geschäfte hat, nur in so weit geltend machen kann, als die Gesetze gestatten, unter welchen er sie ausübt. Aehnlich Schweppe im röm. Privatr. Bd. I. S. 54., welcher vorzüglich auf den Ort gesehen wissen will, wo das Geschäft erfüllt werden soll.

Bei einseitigen erlaubten Handlungen, hauptsächlich bei den mannichfaltigen Verpflichtungen, die aus dem Klagenrecht hervorgehen, insbesondere aus der Litiscontestation, dem gerichtlichen Geständniß, dem rechtskräftigen Urtheil, haben sich die früheren Meinungsverschiedenheiten allmählich dem richtigen Grundsatz angenähert, nach welchem das am Ort des Gerichts erster Instanz bestehende örtliche Recht als

anwendbar gelten muß, auch wenn an anderen Gerichten diese Frage späterhin vorkommt; s. v. Savigny a. a. O.

Manche Rechtslehrer statuiren zwar überhaupt für die materiellen Bedingungen, von denen die Giltigkeit einer Obligation abhängig ist, das Gesetz, welches am Ort der angestellten Klage gilt, als Norm der Entscheidung, indem sie die Klagen und Einreden als Proceßinstitute behandeln, s. Weber v. d. natürl. Verbindl. §. 62. u. 95., es ist aber gewiß richtiger, mit den Glossatoren zu sagen: actio est in ventre negotii, oder nach Foelix a. a. O.: die Wirkungen eines Vertrags, sowie die Gründe, aus welchen er angegriffen werden kann, sind nach den am Ort des Abschlusses geltenden Gesetzen zu beurtheilen; s. v. Savigny a. a. O. S. 270. So die exc. non numeratae pecuniae, excussionis, beneficium competentiae, die Anfechtung eines Verkaufs wegen Verletzung über die Hälfte, die actio redhibitoria u. quanti minoris, desgleichen jede Restitution gegen einen obligatorischen Vertrag. Vrgl. Unger, österr. Privatr. I. S. 187. Ob auch die wegen Minderjährigkeit, wie v. Savigny S. 272. not. r. behauptet, ist bereits besprochen worden. (S. oben S. 57.)

Wenn nach einem örtlichen Recht der dem gemeinen Recht fremdartige Grundsatz gilt, daß der Verkäufer bis zur vollzogenen Uebergabe noch zurücktreten kann, so kommt es darauf an, ob dieses Recht an dem Orte gilt, wo das Grundstück liegt; denn dort ist der absolute Ort der Kaufserfüllung durch Uebergabe, mithin der eigentliche Sitz der Obligation; s. v. Savigny a. a. O. S. 281.

Für die Höhe der Verzugszinsen ist das Gesetz des Ortes, an welchem die Zahlung zu leisten ist, entscheidend, v. Savigny, ebend. Ob für eine Obligation ein stillschweigendes Pfandrecht anzunehmen ist, hängt von dem örtlichen Recht ab, unter welchem die Obligation überhaupt steht; ob aber solchem stillschweigenden Pfandvertrag die Wirkung eines Pfandrechts beizulegen sey, kann nur durch das Recht des Orts bestimmt werden, an welchem sich die Sache befindet; v. Savigny, ebend. S. 282.

Zu II. 3) Extinctiv-Verjährung.

Ueber die Frage: nach welchen Gesetzen über die erlöschende Verjährung der Klagen zu entscheiden sey, theilen sich die Meinungen gleichfalls zwischen denjenigen, welche sie als eine proceßrechtliche Frage betrachten, mithin das Recht, welches am Ort des Processes gilt, als die anwendbare Norm erkennen, und denen, welche auf den eigentlichen Sitz der Obligation zurücksehen. Ersteres scheint, wie Martin in

seinem Lehrvortrag über den Proceß annimmt (s. Emminghaus sächsische Pandecten S. 56. not. 2.), die herrschende Lehre zu seyn; man wird derselben den Beifall nicht versagen können, wenn man zugestehen muß, daß die Extinctiv-Verjährung mit dem Entstehungsgrund der Verbindlichkeit in keiner Verbindung steht. Gleichwohl behauptet v. Savigny a. a. O. S. 273. hievon das Gegentheil und entscheidet sich deshalb für das örtliche Recht der Obligation und nicht des Klageorts.*) Wächter insonderheit findet den Zusammenhang der Verjährung mit dem Entstehungsgrund der Verbindlichkeit erkennbar an der Verschiedenheit der Verjährungszeit bei verschiedenen Obligationen, allein wenn auch in den Gesetzen die Verjährungs-Fristen verschieden bestimmt sind, was auf politischen Gründen beruhen mag, so gilt doch das Gesetz der Extinctivverjährung an sich bei allen Arten von Obligationen ohne Unterschied; ganz unbekümmert um die Art der Obligation statuirt es seine poenam negligentiae, und hat es gar nicht mit dem Vertrag, als dem Entstehnungsrund der Obligation, sondern mit einem außerhalb des Vertrags liegenden factum omissivum zu thun, bezweckt auch gar nicht unmittelbar das Interesse der einzelnen Contrahenten, sondern das bene esse reipublicae. —

Wächter im civil. Archiv Bd. XXV. S. 411. bezweckt eine Vereinigung der einander widerstreitenden Meinungen, indem er behauptet: unbedingt normirend seyen die Gesetze des Klageorts nicht, aber auch nicht die Gesetze des Orts, wo das Verhältniß seinen Ursprung nahm; in der Regel seyen es zwar die Gesetze des Klageorts, namentlich bei Klagen aus Delicten, bei Obligationen aus Verträgen aber kommt es darauf an, ob und wie weit das Gesetz des Klageorts seine Bestimmungen über Verjährung als absolute, der Autonomie der Parteien entzogene, festsetzt. So weit dies der Fall ist, hat dann der Richter des Klageorts nach den Gesetzen seines Staats zu entscheiden; soweit aber diese Gesetze der Autonomie der Parteien die Sache überlassen, so hat er nach dem, was die Parteien ausdrücklich oder präsumtiv unter sich verabredeten, also in der Regel nach den Gesetzen des Orts, wo sie contrahirten, zu entscheiden. Eine andere Meinung, s. Schweppe System d. h. r. R. §. 20 b „die Präscription gegen die Klage richte sich als Einrede nach den Gesetzen des Wohnorts des Verpflichteten“ wird im Erfolg mit der oben als

---

*) So erkannte das k. würtembergische Obertribunal im Betreff einer Wechselklage nach den Gesetzen des Orts, wo das Wechselgeschäft geschlossen wurde, s. Seuffert's Archiv Bd. VI. H. 1. S. 2.

herrschend bezeichneten Lehre wohl meistens übereinstimmen, weil der Wohnort des Verpflichteten mit dem Klageort häufig zusammentreffen wird, bietet aber Schwierigkeiten dar, wenn der Beklagte während der Verjährungszeit seinen Wohnort verändert hat, z. B. von einem Ort, wo längere Verjährungszeit gilt, an einen Ort gezogen ist, dessen Gesetze eine kürzere Verjährungszeit bestimmen. In einem solchen Fall erkannte der Berliner Revisions- und Cassationshof (s. Archiv f. d. Civil- und Criminalr. d. k. preußischen Rheinprovinzen. Neue Folge Bd. 28. Abth. 2. S. 36.): „eine von der Partei vollzogene Wohnortsverlegung unter die Herrschaft einer andern Gesetzgebung kann keinen Einfluß haben, eine Abänderung der Verjährungsgesetze kann mit gleichmäßiger Verbindlichkeit für alle Betheiligten nur vom Gesetzgeber des Contractsorts ausgehen, dessen Rechten sie sich bei Eingehung des Rechtsverhältnisses unterworfen hatten.“ Ebenso das Münchener O.-A.-G. s. Seuffert's Archiv XII. S. 447.

Nimmt man die von uns vertheidigte Lehre an, nach welcher der Richter eine Klage nicht zulassen kann, welche das Gesetz, dem er unterworfen ist, nicht mehr zuläßt, so wird, wenn eine Veränderung der Gesetzgebung am nämlichen Ort eingetreten ist, immer nur das gegenwärtige Gesetz des Klageorts normirend seyn. Waren z. B. früher 20 Jahre zur Klagenverjährung erforderlich, jetzt aber nur 5, so steht dem Kläger die Verjährung doch nur in so weit entgegen, als er 5 Jahre lang nach der Veränderung des Gesetzes die Klage unterlassen hat; s. Weber v. d. natürl. Verbindl. S. 420; Schweppe a. a. O. Bd. I. S. 53.

Zu II. 4) Restitutionen.

Eichhorn im d. Privatr. §. 36. not. n. statuirt für Restitution — sowie für Präscription — die Gesetze, unter welchen die Obligation entstanden ist, jedoch ohne hiefür die Gründe zu entwickeln. Es scheint der Gedanke zum Grund zu liegen, daß ein wohlerworbenes Recht nur nach denjenigen Gesetzen, unter welchen es begründet wurde, verloren werden könne. Die Restitution setzt aber ein schon wirklich erloschenes Recht voraus und sind denn die Gründe zur Wiederherstellung desselben identisch mit jenen seiner Entstehung oder Erwerbung? Schweppe im R. Privatr. Bd. I. §. 20 b. lehrt: „die Restitutionen, z. B. die der Minderjährigen richten sich, wenn sie als Klage gesucht werden, nach den Gesetzen des Gegners; wenn sie als Einrede gesucht werden, nach denen des Impetranten.“

Dies führt wohl jedenfalls auf die Gesetze des Richteramts, bei welchem die Restitution gesucht werden muß, und dies scheint auch das richtige zu seyn, doch darf unser Richter den fremden Restitutionssucher nicht weiter berücksichtigen, als er den Inländer im gleichen Fall zu restituiren haben würde; s. Wächter a. a. O. S. 179. Mehreres hierüber, s. Tittmann D. de compet. leg. etc. und Hertius D. de collisione legum, in Opusc. Vol. I. §. 65.

Zu II. 5) Delicte.

Bei Delicten ist zwar der Gerichtsstand unzweifelhaft, indem der Thäter sich mit Nothwendigkeit dem Gesetz unterwirft, welches er verletzt; hinsichtlich des örtlichen Rechts pflegt man ebenfalls häufig das Recht des Orts, wo das Delict begangen wurde, als maßgebend für die Entscheidung anzunehmen. Hiervon aber weicht v. Savigny aus dem Grunde ab, und erkennt vielmehr das Recht des Orts, wo die Klage erhoben wird (ausnahmsweise) für entscheidend, weil die auf Delicte bezüglichen Gesetze stets unter die zwingenden, streng positiven zu rechnen seyen; a. a. O. S. 278. [Diese Savigny'sche Ansicht stimmt im Wesentlichen mit Wächter a. a. O. XXV. S. 389. ff. überein und ist neuerdings auch von v. Gerber System I. §. 32. u. Walter deutsche Privatr. §. 42. No. VIII. u. vom O.-A.-G. zu Darmstadt (Seuffert's Archiv, IX. 1855. S. 1.) adoptirt worden; wogegen Unger österr. Privatr. I. S. 189. die andere Ansicht als die des Oesterreich. Rechts bezeichnet.] Nimmt man die erstere Meinung an, so kann bei brieflichen Injurien ein Zweifel darüber entstehen, ob das Recht des Orts, wo der Brief geschrieben und abgesendet, oder des Orts, an welchem er empfangen wurde, anzuwenden sey. Das k. bayerische Oberappell.-Gericht hat am 16. März 1847 in Erwägung, daß die Obligation aus einer Injurie sich nach dem Orte, wo sie zugefügt wurde, richte, dahin entschieden, daß briefliche Injurien an dem Orte für begangen und vollendet zu erachten seyen, an welchem der Brief geschrieben und zur sichern Bestellung aufgegeben wurde; s. Seuffert u. Glück Blätter f. Rechtsanwend. Bd. XII. S. 287. Aus dem vorangeführten Grunde muß v. Savigny a. a. O. S. 279. auch die Verbindlichkeit aus dem außerehelichen Beischlaf dem örtlichen Recht des Richters, bei welchem die Klage angebracht ist, unterwerfen, denn er betrachtet den außerehelichen Beischlaf als ein Delict, wofür ihn wohl h. z. T. kaum Jemand mehr erklären wird, mithin als Gegenstand zwingender Gesetze, von welchen der unter ihnen stehende

Richter nicht abgehen darf, gesetzt auch, der Beischlaf wäre in einem Lande gepflogen, welches aus demselben keine rechtliche Verbindlichkeit zuläßt. Vergl. Seuffert's Archiv VIII. (1855) S. 7. ff. u. XIV. (1861), S. 334. Wir versparen jedoch die Erörterung dieses Gegenstandes auf das Kap. 2. des besondern Theiles von der Verletzung der jungfräulichen Integrität.

Zu II. 6) Erbrecht.

Dasselbe richtet sich nach dem örtlichen Recht des Wohnsitzes,*) welchen der Verstorbene zur Zeit seines Todes hatte, also nach dem Personal-Statut.**)

Daß Lehen und Fideicommisse von der lex rei sitae beherrscht werden, ist nicht eigentlich eine Ausnahme vom Gesetz der Universalsuccession; denn sie gehören eigentlich nicht zum Vermögensganzen, und treten vielmehr, weil der Verstorbene nur einen Fruchtgenuß daran hatte, aus seinem Vermögen heraus. — Spezielle Rechtsinstitute über Succession, welche die Förderung gewisser Staatszwecke beabsichten, also politischer und darum zwingender Natur sind, z. B. die Nachfolge

---

*) Dieser Grundsatz ist in Deutschland ziemlich allgemein angenommen. Nach der Meinung Anderer soll die Universalsuccession sich wenigstens rücksichtlich der zur Erbschaft gehörigen Grundstücke nach dem Realstatut richten, indem ein entgegengesetzter Gebrauch bei der Divergenz der Rechtslehrer nicht angenommen werden könne, wie Foelix a. a. O. S. 307. behauptet, gegen welchen jedoch der Recensent in der Jenaischen Literatur-Zeitung v. J. 1843. Nr. 152. mit Recht bemerkt: „der Verfasser habe übersehen, daß die Meinungs-Verschiedenheit keine gleichzeitige, sondern eine successive ist, während die ältere Ansicht auf das am Ort der gelegenen Sache geltende Recht sah, entscheidet sich die neuere für das Recht des Domicils." Gleichwohl weicht das sächsische Recht (s. Emminghaus Pandecten d. gem. sächs. Rechts S. 55) vom gemeinen Recht ab, indem es dem Realstatut die Vererbung der Immobilien unterwirft.

**) Wenn der ab intestato Verstorbene ein zweifaches Domicil im Lande A. und im Lande B. hatte, und nach den Gesetzen beider Länder verschiedene Erben hat, oder zwar dieselben, jedoch so, daß sie nach ungleichen Theilen zur Erbschaft berufen sind, so werden sich die Erben in A. die dort gelegenen Güter zuzueignen haben, und die Erben in B. die hier gelegenen, das übrige, vielleicht noch in den Ländern C. und D. befindliche Vermögen hätten sie mit einander zu theilen, den Gläubigern aber in solidum zu haften, und sich unter einander wegen dessen, was der eine Theil etwa mehr bezahlt hat, nach dem numerären Werth des Erbschaftsempfanges auszugleichen; s. Günther in Weiske's Rechtslexikon Bd. IV. S. 734.

des ältesten und jüngsten Sohnes in Bauerngüter beherrschen als Realstatute alle Güter der bestimmten Art in dem Bezirk solcher Gesetze, ohne Rücksicht auf den Wohnsitz des gegenwärtigen Eigenthümers.

Die Testirfähigkeit des Erblassers in Beziehung auf seine Rechtsverhältnisse muß sowohl nach den Gesetzen des Wohnsitzes, an dem er das Testament errichtete, als nach den Gesetzen, welche in seinem letzten Wohnsitz zur Zeit des Todes bestehen, vorhanden seyn; in Beziehung auf seine physischen Eigenschaften, z. B. das Alter rc. richtet sich seine persönliche Fähigkeit nach dem zur Zeit der Testaments-Errichtung an seinem Wohnsitz geltenden Gesetz ohne Rücksicht auf spätere Veränderungen des Wohnsitzes; s. v. Savigny S. 312.

Der Inhalt des Testaments, insbesondere die gesetzliche Giltigkeit oder Ungiltigkeit desselben ist nach dem am letzten Wohnsitz des Testators geltenden Gesetz zu beurtheilen. So insbesondere die Regeln über Enterbung, Präterition und Pflichttheil. Ebend. S. 312.

Die persönliche Fähigkeit der zur Erbschaft im Ganzen, oder zu einem einzelnen Stück berufenen Personen ist in der Regel nach ihrem Wohnsitz, den sie zur Zeit des Todes des Erblassers hatten, zu beurtheilen. Ausnahmen können eintreten, da, wo Gesetze von zwingender Natur in Betracht kommen, welche den urtheilenden Richter binden, z. B. Gesetze über den bürgerlichen Tod, oder über den Erwerb von Seiten der todten Hand.

Ueber Erbverträge entscheidet das am Wohnsitz des Erblassers geltende Gesetz.

Sowie das Recht auf einen erblosen Nachlaß (bona vacantia) nach dem Gesetz des Wohnorts des Erblassers zu bestimmen ist, so muß auch die Frage, welchem Fiscus der Anspruch auf dieselben zusteht, dem Fiscus des Wohnsitzes oder der gelegenen Sache, zum Vortheil des Fiscus entschieden werden, in dessen Gebiet der Wohnsitz des Verstorbenen sich befindet; s. v. Savigny S. 315.

Was die Förmlichkeiten eines Testaments anbelangt, so ist es als festes Gewohnheitsrecht im Einklange mit der communis opinio Doctorum anzunehmen, daß die formelle Giltigkeit überall anerkannt werden muß, sobald das Gesetz des Orts der Errichtung beobachtet wurde.*) Errichtet aber der Erblasser sein Testament im

*) Die Meinung Eichhorn's im deutsch. Privatrecht §. 37. not. i. ein vom Inländer im Ausland nach dortigen Vorschriften errichtetes Testament gelte zwar, wenn er dort sterbe, verliere aber seine Giltigkeit, wenn er in seine Heimath zurückkehre und da sterbe, dürfte sich daher grundsätzlich nicht rechtfertigen,

Ausland nach einheimischen, von den dortigen abweichenden Gesetzen, so wird es, wenn es dort wirksam werden soll, von dem auswärtigen Richter für ungiltig erkannt werden; s. Foelix a. a. O.; Wächter a. a. O. Daher dürfte der von Pütter im civilist. Archiv Bd. XXXVII. S. 386. aufgestellte Satz: „ein Ausländer kann sein Testament eben so giltig in seiner heimischen, wie in der Form errichten, welche an seinem Aufenthaltsort vorgeschrieben ist" — wohl einer Einschränkung unterliegen.

Die Intestaterbfolge unter Ehegatten richtet sich nach dem letzten Wohnsitz des Erblassers. — Ist es zweifelhaft, ob der Anspruch auf den Nachlaß aus eigentlicher Intestaterbfolge oder vielmehr aus bloßer Fortwirkung der während der Ehe bestandenen Güterverhältnisse (Gütergemeinschaft) abzuleiten ist, so entscheidet im ersten Fall der letzte Wohnsitz, im zweiten Fall der Wohnsitz, an welchem die Ehe angefangen hat; s. v. Savigny a. a. O. S. 336.

Zu II. 7) Familienrecht.

A. Ehe.

Daß nicht der Ort der Trauung, oder des Abschlusses der Ehe, sondern das domicilium matrimonii (l. 5. D. 23. 2. l. 65. D. 5. 1.) für das Recht der Ehe und das eheliche Güterrecht, und zwar ohne Unterschied, ob die Güter in oder außer dem Wohnsitz liegen (s. Wächter im civil. Archiv Bd. XXV. S. 48; Schäffner a. a. O. S. 106. ꝛc.) maßgebend sey, wird kaum mehr bezweifelt werden; s. v. Savigny a. a. O. S. 325. In Ansehung der Ehehindernisse sind, da die hier einschlagenden Gesetze, auf sittlichen Grundsätzen beruhend, eine streng positive Natur haben, die im Wohnsitz des Mannes geltenden Ehehindernisse schlechthin bindend, ohne Rücksicht auf die vielleicht abweichenden Gesetze in der Heimath der Frau oder in dem Ort der Trauung; s. v. Savigny a. a. O. S. 326. Vergl. Wächter a. a. O. Bd. XXV. S. 185. u. 187. Schäffner Entw. des internationalen Privatr. §. 102. u. 103. Unger, österr. Privatr. I. S. 189. ff.

Hatte der Mann zur Zeit seiner Verehelichung noch kein eigenes Domicil, so muß ohne Zweifel das Gesetz seiner ursprünglichen Heimath

---

lassen; s. v. Savigny a. a. O. S. 356. Gleichwohl ist auch Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück's Comm. Bd. XXXV. S. 38. jener Meinung, welche es dem Zurückgekehrten räthlich macht, wieder ein neues Testament in seiner Heimath zu machen.

an die Stelle treten. Im Verhältniß zwischen In- und Ausland kann man wohl nicht mit Günther im Rechtslexikon Weiske's Bd. IV. S. 748. schlechthin annehmen: daß, wo nicht besondere Landesgesetze entgegenstehen, die Ehe, die ein Inländer im Auslande mit einer Verwandten, mit welcher jedoch die Verheirathung dort erlaubt war, geschlossen hat, auch im Inlande bestehe, gesetzt selbst, daß die Eheleute in einem im Inlande verbotenen Grade verwandt wären. Zwar scheint auch Tittmann de competentia leg. p. 50 dieser Meinung zu seyn, man muß aber doch wohl mit Wächter im civil. Archiv Bd. XXV. S. 185—187. folgendermaßen unterscheiden: Die Giltigkeit der Ehe der Ausländer unter sich ist unzweifelhaft nach ihren Gesetzen zu beurtheilen. Ist sie nach den Gesetzen ihres Staates giltig, so hat sie unser Richter als giltig anzuerkennen, auch wenn sie die nach unseren Gesetzen zu einer giltigen Ehe nöthigen Erfordernisse nicht hat. Geht aber ein Bürger unseres Staates im Auslande eine nach den Gesetzen des Auslandes giltige, jedoch nach unseren Gesetzen ungiltige Ehe ein, so hat unser Richter die Ehe als nichtig zu behandeln.

Umgekehrt kann derjenige, welcher die Ehe im Auslande auf eine dort zwar nicht, wohl aber in seinem Domicil giltige Weise schließt, wenn er dort kein Domicil begründet, keiner Anfechtung eines Rechtsgeschäfts unterliegen, dessen rechtliche Wirkung für sein ganzes Leben in dem Staat, welchem er angehört, bestimmt werden soll; s. Kori Erörter. Th. III. no. 1. und das vom O. App. Ger. in Dresden gesprochene Urtheil im Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle v. J. 1846. Nr. 39.

Bestritten ist bekanntlich die Frage, ob Veränderung des Domicils auch Veränderung des ehelichen Güterstandes je nach den verschiedenen Gesetzen des früheren oder späteren Domicils bewirke; s. oben §. 5. zu Ziff. 7. — wo sie als identisch mit der Frage nach dem Einfluß einer am nämlichen Wohnort veränderten Gesetzgebung über das eheliche Güterrecht behandelt wurde. Die Verschiedenheit der Meinungen hierüber rührt vorzüglich von der abweichenden Ansicht der Rechtsgelehrten über den Einfluß der einschlagenden dispositiven Gesetze des Staats auf ein Eheverhältniß, in welchem eine bestimmte Festsetzung des beiderseitigen Vermögensverhältnisses mangelt, her.

Wer das von den Ehegatten unbestimmt gelassene als durch das Gesetz unabhängig von ihrer Willensbestimmung, und kraft des Gesetzes geregelt betrachtet, muß freilich das eheliche Güterrecht dieser Ehegatten der Wandelbarkeit der Gesetzgebung nach Zeit und Ort preisgeben; wie z. B. Mühlenbruch Pandecten §. 72.

not. 6.; Kierulff Civilr. I. S. 79.; Eichhorn D. Privatr. §. 35.; Schweppe R. Privatr. I. S. 56.; Phillips D. Privatr. II. §. 189.; Runde deutsches eheliches Güterrecht. S. 257. Dagegen bleibt dasselbe unveränderlich, wenn man die der Natur der Sache entsprechendere Ansicht auffaßt, daß die Eheleute das am Ort ihrer Niederlassung geltende Güterrecht für sich stillschweigend zum vertragsmäßigen erhoben haben. Zwar entgegnet Kierulff a. a. O.: „Dispositivgesetze gestatteten nur dem Privatwillen, eine von der gesetzlichen abweichende Norm zu schaffen; aber die Wirksamkeit des dispositiven Gesetzes werde auch nur durch die wirklich geschehene Aeußerung des Privatwillens suspendirt, und höre im entgegengesetzten Falle nicht auf, für alle unter ihm begriffene Fälle, wie bei jedem anderen Gesetz, durch sich selbst giltig zu seyn. Wer das Eintreten einer solchen gesetzlichen Bestimmung auf den (stillschweigenden) Privatwillen als seinen Grund zurückführe, verwechsle den juristischen Grund mit der faktischen Veranlassung." Ihn widerlegt aber Wächter a. a. O. Bd. XXV. S. 52. vollständig auf folgende Weise: „Was Kierulff über die Natur eines Dispositivgesetzes sagt, ist nur in gewissen Fällen richtig, namentlich da, wo sich ein Privatwille gar nicht ausgesprochen, derselbe sich rein negativ verhalten hat, und somit das Dispositivgesetz nicht einen theilweise ausgesprochenen Privatwillen ergänzen kann, wie wenn jemand ohne letzten Willen stirbt. Hier tritt das Dispositivgesetz (die Intestaterbfolge) durch sich selbst und lediglich deshalb ein, weil es der Erblasser nicht beseitigt hat; die Intestaterbfolge kann nicht als ein stillschweigender letzter Wille des Erblassers gelten. Ein Dispositivgesetz aber, welches die Wirkungen und Folgen eines Rechtsgeschäfts näher bestimmt, will nicht blos dem Privatwillen eine Abweichung durch entgegengesetzte Festsetzungen gestatten, sondern für den Fall, daß eine solche Abweichung nicht getroffen wird, den unvollständig ausgesprochenen Privatwillen ergänzen; es ist dann als Auslegung dieses Privatwillens zu betrachten, und sein Inhalt als in diesen Willen aufgenommen anzunehmen." Dieser Ansicht, welche schon Lauterbach in D. de societ. bonor. conjug. Tub. 1661. c. 2. §. 11. und 100 Jahre nach ihm Hofacker in den Princ. jur. Rom. §. 148. als communis opinio erklärte, sind die meisten älteren und neueren deutschen Juristen gefolgt; s. Hert l. c. Sect. IV. §. 46—49.; Pufendorf Obs. jur. univ. T. II. Obs. 121. §. 2.; Danz D. Privatr. §. 53.; Elsässer vermischte Beiträge S. 23.; Hofmann Eherecht S. 254.; Runde D. Privatr. §. 609.; Glück Comment. Thl. XXV. S. 269.;

Thibaut System d. P. R. §. 323.; Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. II. S. 263.; v. Bülow u. Hagemann pr. Erörter. Bd. IV. Nr. 24.; Mittermaier D. Privatr. §. 400.; Gengler deutsch. Privatr. II. S. 1087. 1093. u. a. m., vergl. auch Voet Comm. ad Pand. Lib. 23. tit. 2. no. 87. et aut. ib. cit. u. Seufferts Archiv X. S. 322. XIV. S. 161. ff.*)

Die von uns vertheidigte Meinung, daß auch bei verändertem Wohnsitz der Ehegatten das örtliche Güterrecht des anfänglichen Wohnsitzes für alle Zeiten bestimmend bleibe, ist neuerlich auf das Ueberzeugendste ausgeführt von Funk im civil. Archiv Bd. XXI. S. 368. Bd. XXII. S. 99.; Schäffner a. a. O. §. 109. auch durch einen Plenarbeschluß des O.-A.-G. in Celle v. 8. Januar 1845., s. Emminghaus Corp. jur. Germ. Th. II. erste Lieferung, S. 45., sowie durch Erkenntniß des O.-A.-G. in München, s. Seufferts Archiv Bd. I. Nr. 152. in Cassel, s. Pfeiffer a. a. O. und in Darmstadt (s. Bopp i. d. Zeitschr. f. deutsch. Recht Bd. V. S. 365. rc.) bestätigt, s. auch Unger Oesterr. Privatr. I. S. 194. Abweichend ist zwar Puchta in den Vorlesungen §. 113. in so fern, daß künftiger Erwerb gleichwohl durch das Gesetz des neuen Wohnsitzes geregelt werden soll, ihn aber hat hinlänglich widerlegt v. Savigny a. a. O. S. 333. Der aufgestellte Satz scheint daher allen Zweifeln entrückt im Collisionsfall verschiedener Gesetze desselben Staats; wenn indessen Ehegatten, welche die in ihrem ersten Wohnort eingeführte allgemeine Gütergemeinschaft errichtet hatten, in ein Land ziehen, dessen Gesetze von einem solchen Rechtsinstitute gar nichts wissen, so wird von nun an das zwischen beiden Theilen gemeinschaftliche Vermögen Jedem zu idealen Theilen gehören; s. Günther in Weiske's Rechtslexikon Bd. IV. S. 731.

Auswärts gelegene Grundstücke wollen zwar Viele nach der lex rei sitae beurtheilt wissen, s. Voet Pand. XXIII. 2. §. 60. Hommel Rhaps. obs. 175. 409. Story Comm. on the conflict of the laws. §. 186. 454.; der richtigeren Meinung nach ist aber die lex domicilii auch auf die auswärts gelegenen Grundstücke zu beziehen; s. v. Savigny a. a. O. S. 327. Thöl Einleitung §. 80. u. Unger a. a. O.

Hinsichtlich der Veränderungen, welchen das eheliche Güterrecht durch Veränderung des Wohnsitzes — jedoch unserer Meinung nach nur im vorbemerkten Fall einer Collision zwischen in- und ausländischer Gesetzgebung — unterliegen könnte, stellt Funk a. a. O. folgende Grundsätze auf:

---

*) Ausnahme s. Seuffert's Archiv Bd. XIV. (1861) S. 339.

a) wenn der Mann von einem foro, unter welchem das Dotalsystem galt, unter ein forum, wo allgemeine Gütergemeinschaft gilt, übergezogen ist, so werden die Gläubiger des ersten fori, welchen sich die Frau verpflichtet hat, gestützt auf die jura fori contractus die Ausscheidung der dos und des sonstigen Vermögens der Frau, welches sie schon im foro contractus besaß, zum Behuf ihrer Befriedigung verlangen können, und die Gläubiger des zweiten fori hätten keinen Grund, sich darüber zu beschweren, da das eheweibliche Vermögen nicht weiter, als cum suo onere in die Gemeinschaft übergehen konnte.

b) Wenn der Mann von einem foro, in welchem allgemeine Gütergemeinschaft galt, sich unter ein forum begibt, welches dieselbe nicht kennt, so werden die Gläubiger des ersten fori ihre Rechte gegen beide Ehegatten und an das beiderseitige Vermögen in solidum behalten, dagegen die Gläubiger des zweiten fori in der Regel nur Rechte auf das Vermögen desjenigen Ehegatten haben, welchem sie creditirten.

Im Verhältniß der Ehegatten unter sich bleibt das eheliche Güterrecht in seinem ursprünglichen Bestand, gleichwie das Preußische Landrecht Th. II. tit. 1. §. 350. verordnet, daß, wenn Eheleute aus einem foro, wo sie nicht in Gütergemeinschaft standen, in ein anderes ziehen, wo eheliche Gütergemeinschaft gilt, sie in Rücksicht auf Rechte dritter Personen, also auf Gläubiger, zwar als in Gütergemeinschaft stehend zu betrachten sind, nicht aber in Bezug auf sie selbst, auf ihre gegenseitigen Vermögensverhältnisse. In dieser Hinsicht bleibt es bei dem Recht des ersten fori und dem dadurch zwischen den Ehegatten entstandenen Güterverhältnisse.

Hinsichtlich des Verbots der Schenkungen eines Ehegatten an den andern entscheidet das Gesetz desjenigen Wohnsitzes, zu dessen Zeit die Schenkung vorgenommen wurde; s. v. Savigny a. a. O. S. 335. Wächter a. a. O. XXV. S. 362. [Dieser Grundsatz gilt auch dann, wenn die Schenkung ein in einem anderen Lande liegendes Grundstück zum Gegenstande hat. Unger a. a. O. S. 193.]

B. Väterliche Gewalt.

Mittermaier lehrt im deutsch. Privatr. §. 30.: Die Gesetze des Wohnorts bestimmen die aus der väterlichen Gewalt fließenden Rechte und Verbindlichkeiten in Bezug auf die Person und das Ver=

mögen der Kinder. — v. Savigny a. a. O. S. 338. modificirt diesen Satz dahin: die Entstehung der väterlichen Gewalt durch Zeugung in der Ehe, sowie deren denkbare Anfechtung ist zu beurtheilen nach dem Gesetz des Orts, an welchem der Vater zur Zeit der Geburt des Kindes seinen Wohnsitz hatte. Dagegen sind die Vermögensverhältnisse zwischen dem Vater und den Kindern zu beurtheilen nach dem Gesetz, welches an dem jedesmaligen Wohnsitz des Vaters besteht. Ebenso Wächter a. a. O. XXV. S. 363.

Von dem Satz, daß die Gesetze des Wohnorts des Vaters immer die Verhältnisse der väterlichen Gewalt bestimmen, wird man jedoch mit Wächter a. a. O. XXV. S. 187. in folgendem Fall eine Ausnahme statuiren müssen. Nach den Gesetzen des Landes A. wird eine Tochter von der väterlichen Gewalt durch ihre Verehelichung nicht frei, wohl aber nach den Gesetzen des Landes B., in welches sie geheirathet hat. In diesem Fall wird der Richter des Landes B. die Tochter als selbständig anerkennen müssen.

Dagegen ist es keinem Zweifel unterworfen, daß jeder Staat das eheliche Güterrecht als nach den Gesetzen des Wohnorts erwerbbar und mithin als wohlerworben anzuerkennen hat. Ist es aber wohlerworben, so kann es auch durch Veränderung des Wohnorts nicht aufhören. Wenn z. B. A. seiner Ehefrau eine nach den Gesetzen seines Landes giltige Schenkung gemacht hat, und er zieht in der Folge in unser Land, wo die Schenkungen unter Ehegatten verboten sind, so kann unser Richter doch einer Anfechtung jener Schenkung nicht statt geben; s. Wächter a. a. O. Bd. XXV. S. 8.

Die Legitimation durch nachfolgende Ehe richtet sich nach dem Wohnsitz des Vaters zur Zeit der geschlossenen Ehe, und die Zeit der Geburt des Kindes ist dabei gleichgiltig; s. v. Savigny a. a. O. S. 339. u. Walter Privatr. §. 45. No. 2. Diese Ansicht ist wohl jener vorzuziehen, welche Schäffner a. a. O. §. 34—38. dahin aufstellt, daß nach den Gesetzen des Orts, wo das uneheliche Kind geboren ist, entschieden werden müsse. Jedoch können legitimirte uneheliche Kinder da, wo sie nicht ausdrücklich den ehelichen durch das Gesetz gleichgestellt sind, nicht gleiches Recht in Ansehung der besondern Verhältnisse geltend machen, in welchen nach Lokal- und Familienstatuten, auswärtigen Landesgesetzen ꝛc. die wirklich eheliche Geburt als Bedingung, gewisse Rechte zu erlangen, erforderlich wird; s. Günther a. a. O. S. 732.

8) Vormundschaft.

1) Errichtung derselben. Als Regel für dieselbe gilt bekanntlich das örtliche Recht des Wohnsitzes des Mündels, welcher gewöhnlich mit dem letzten Wohnsitz des Vaters zusammenfällt, und diese Vormundschaft umfaßt dann auch das auswärts liegende Vermögen des Mündels. Schäffner a. a. O. §. 41. Jedoch wenn unbewegliches Vermögen des Mündels unter einer andern Gerichtsbarkeit, vielleicht in einem fremden Lande liegt, so kann es geschehen, daß für diese Vermögenstheile eine besondere Vormundschaft errichtet wird.

Auch im Inland kann zuweilen die Vormundschaft aus Gründen der Zweckmäßigkeit, wenn nach den Familienverhältnissen dem letzten Wohnsitz des Vaters kein Einfluß auf den künftigen Zustand der Mündel zuzuschreiben ist, an einen andern Ort verlegt werden; denn das Vormundschaftswesen gehört seiner eigentlichen Natur nach dem öffentlichen Recht an. Ein Beispiel hievon s. v. Savigny a. a. O. S. 343.

2) Verwaltung. Daß diese sich in der Regel nach dem Recht des Gerichts richtet, unter welchem sie entstanden ist und geführt wird, kann zwar nicht bezweifelt werden, aber eine Ausnahme wird von Manchen in Ansehung jener Grundstücke behauptet, welche auswärts gelegen sind, indem besonders hinsichtlich ihrer Veräußerung die lex rei sitae, also das Realstatut zu beobachten sey; s. Schäffner a. a. O. §. 41. Diese Behauptung erscheint unrichtig, wenn man nach v. Savigny a. a. O. S. 345. anerkennen muß, daß ein Gesetz, welches die Veräußerung unbeweglicher Güter der Mündel nur unter gewissen Einschränkungen zuläßt, eine vorsorgliche Maßregel keineswegs für diese Güter, sondern für die schutzbedürftige Person des Mündels enthält. Indem es also auf Ergänzung der Handlungen des Vormundes abzweckt, ist es ein Personalstatut und kein Realstatut. Der Gesetzgeber verfügt hier über die unter seinem Schutze stehenden Minderjährigen, nicht über die in seinem Lande gelegenen Güter. Ein Präjudiz hierfür bietet ein von v. Savigny a. a. O. S. 325. erzählter, von den preußischen Richtern aller Instanzen gleichförmig entschiedener Fall dar. Vergl. Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. I. S. 1119.; Linde im civilist. Archiv Bd. VII. S. 77.

Ueber die Verpflichtung zur Uebernahme der Vormundschaft, sowie über die dagegen zulässigen Excusationen kann nur das am Wohnsitz des Vormunds geltende Gesetz entscheiden. Ist das obervormundschaftliche Gericht von diesem, und auch von dem Gericht, dem das forum gestae administrationis zuzuschreiben seyn würde, verschieden, so soll zwar nach Mühlenbruch im civilist. Archiv Bd. XIX. S. 362. das Amt der Obervormundschaft competent seyn, allein v. Savigny a. a. O. findet eine solche allgemeine Behauptung bedenklich, weil stets die Gerichtsverfassung jedes Landes zu beachten seyn wird.

Kapitel II.

Von den Rechten im subjectiven Sinn.

§. 7.

1. Grundbegriffe, Entstehungsarten und Eintheilungen der Rechte.

Wir gehen nun zum Gegenstand der Rechtsgesetze*) über. Indem dieselben das Recht (quid juris) aussprechen, nämlich die aus der Natur der Socialverhältnisse entspringenden Regeln über gegenseitige Beschränkung der Willkür bezeichnen, erzeugen sie Rechte und Verbindlichkeiten, und zwar die im staatsbürgerlichen Leben erzwingbaren Rechte und Verbindlichkeiten. Recht und Verbindlichkeit sind daher das Product des Gesetzes, jenes positiv, dieses negativ auf die Freiheit angewandt. — Um den Begriff eines Rechts zu verwirklichen, wird daher zweierlei erfordert: eine rechtsfähige Person und ein Gegenstand außer ihr, sey dies nun eine Sache oder Handlung, und zwar letzteres in der zweifachen Richtung auf ein positives Handeln (jura affirmativa) oder auf ein Unterlassen (jura

*) Nach seinen Hauptbeziehungen ist das Recht entweder öffentliches — insonderheit Staatsrecht, Völkerrecht —, oder Privatrecht; wir haben uns aber hier nur mit dem letzteren zu beschäftigen, nämlich mit denjenigen Rechtswahrheiten, welche sich auf die Rechtsverhältnisse der Staatsunterthanen unter sich als Einzelne beziehen, oder den Grundsätzen, nach welchen ein Staat Rechte seiner Mitglieder über äußere Gegenstände anerkennt und schützt.

negativa). Dem Umfang eines Rechts nach ist zu unterscheiden jus commune, welches auf dem Grundsatze beruht: jura non in singulas personas sed generaliter constituuntur l. 8. D. 1. 3., und jus singulare, als eine aus besonderen Gründen der Billigkeit oder Politik für gewisse Verhältnisse oder Personen gesetzlich bestimmte Ausnahme vom gemeinen Recht, wozu besonders Privilegien gehören.

1) Wie wird das bürgerliche Recht in Beziehung auf die verschiedenen möglichen Gegenstände desselben eingetheilt oder classificirt?
2) Worin besteht der Unterschied der Rechte, je nachdem sie mit einer actio in rem oder in personam verbunden sind?
3) In so fern zur Beanspruchung eines Rechts immer ein vernünftiges Interesse erfordert wird,*) genügt dazu auch bloßes Interesse der Affection?
4) Worin besteht der wesentliche Unterschied zwischen Hauptrechten (jura principalia gegenüber den obligationes principales) und Nebenrechten (accessiones oder jura accessoria)?
5) Welche Wirkung ist einem jus futurum eigen?
6) Ist dasselbe immer nondum delatum?
7) Kann die voraus geschehene Erfüllung eines jus futurum unter keinen Umständen zurückgefordert werden?
8) Gilt der Grundsatz: qui jure suo utitur, nemini facit injuriam unbedingt, unter allen Umständen? hat man nämlich bei der Ausübung eines Rechts niemals darauf Rücksicht zu nehmen, ob man dadurch nicht einem Andern schade?
9) Ist die Regel der l. 21. D. 50. 17. non debet, cui plus licet, quod minus est, non licere, womit auch die der l. 113. eod. in toto et pars continetur, cf. l. 163. l. 165. D. eod. übereinstimmt, in allen Fällen anwendbar?

Zu 1) Omne jus, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res vel ad actiones, s. Gajus I. §. 8. — Die Rechtsfähigkeit (oder die Persönlichkeit, welche damit einerlei ist) kann sich nämlich als Herrschaft in der Außenwelt wirksam erweisen 1) in Ansehung aller bezüglich der wesentlichen Entwickelung der Persönlichkeit bestehenden

*) l. 11. D. 47. 2. — l. 5. §. 4. D. 2. 7. — l. 8. §. 6. D. 17. 41. — l. 136. §. 1. D. 45. 1. — l. 32. D. 19. 2.

Institutionen;*) hierzu rechnen wir das Recht der Freiheit, der Civität, der äußeren Anerkennung (existimatio, fama) und das Familienrecht, nämlich Ehe, väterliche Gewalt, Verwandtschaft, Vormundschaft;**)

2) in Beziehung auf Vermögen; deren Gegenstand kann nun seyn:

a) die unfreie Natur — Sachenrecht; und zwar: in der vollständigen Unterwerfung — Eigenthum — in der partiellen, jura in re; in weiterer [ganz neue Elemente aufnehmender] Entwickelung der bürgerlichen Institutionen auch das Erbrecht;

b) freie Wesen neben uns, und zwar, da diese, ohne ihre eigene Persönlichkeit zu zerstören, nicht ganz unter unsere Herrschaft fallen können, einzelne Handlungen derselben oder Obligationenrecht (obligationes et actiones bei den Römern, jura in personam bei den Neuern genannt).

Zu 2) Bezüglich des zu Ziff. 1. Gesagten ist zu bemerken, daß die unter No. 1. u. No. 2. a) genannten Rechte (in rem) auf Sachen und Zustände (status) und gegen wen immer, der sie bestreiten mag, gehen, die unter No. 2. b) genannten Rechte aber lediglich Handlungen zum Gegenstand haben, indem sie aus Verträgen und vertragsähnlichen Handlungen oder Delicten entspringen (in personam).

Zu 3) Auch ein Interesse der Affection kann als vernünftiges Interesse gelten; l. 54. pr. D. 17. 1. — l. 35. D. 4. 4. — l. 36. D. 38. 2. Die Freiheit ist nur in so weit beschränkt, daß nicht gestattet wird, ein Recht unter Umständen, wo man von dessen Ausübung keinen Vortheil hat, blos deshalb auszuüben, um dadurch einem Andern zu schaden; l. 38. in f. D. 6. 1. — neque malitiis indulgendum est etc. — l. 1. §. 11. D. 39. 3. prodesse enim etc. l. 1. §. 12. D. eod. —

Zu 4) Darin, daß Erstere für sich bestehen können, diese aber nothwendig ein anderes Recht voraussetzen, zu welchem sie hinzukommen müssen, wie z. B. das Pfandrecht. §. 5. J. 3. 20. — l. 43. l. 48. D. 46. 3. — l. 91. §. 4. D. 45. 1. — Ist dies der Fall, so bestehen

---

*) Bekanntlich sind die Ansichten über die Klassification der Rechte sehr verschieden. Unter den Neueren s. vorzüglich v. Savigny im System des heutigen R. R. Bd. I. §. 52. *c.; Puchta Lehrbuch d. Pandecten §. 32.

**) Auch das Dienstbotenrecht dürfte hieher zu rechnen seyn, indem das Dienstbotenverhältniß sich nicht mit der einfachen locatio conductio operarum erschöpfen läßt, sondern ein besonderes Personenverhältniß durch den Begriff von Herrschaft und Dienerschaft sich bildet; daher hat im preußischen Landr. Th. II. Tit. V. das Dienstbotenrecht seine Stellung im Personenrecht erhalten; wie auch von uns im Kap. V. dieses Bandes geschehen ist.

die accessiones nur durch das Hauptrecht; l. 129. §. 1. l. 178. D. de R. J. 50. 17.

Zu 5) Ein künftiges Recht kann entweder ein solches seyn, dessen Gegenstand in der Zukunft liegt, z. B. spés incerta, Verpfändung des künftigen Vermögens ꝛc., oder ein bedingtes Recht, dessen Erwerb erst in der Zukunft bestimmt wird, oder ein zwar schon erworbenes Recht, dessen Ausübung und Vollziehung aber künftig erst möglich ist [betagtes, befristetes Recht]; ubi dies cedit, sed nondum venit, s. v. Wening-Ingenheim Lehrb. I. (§. 30.).

Es berechtigt in der Regel, wenn es auf einer causa certa beruht, zur Anwendung gewisser Sicherungsmittel; l. 2. l. 7. pr. D. 39. 2. — l. 18. etc. D. 1. 7. — l. 6. pr. D. 42. 4. — cf. l. 5. pr. l. 13. §. 5. D. 20. 1. verb. sed et fut. etc. — l. 1. D. 36. 3. Mühlenbruch l. c. Vol. I. §. 76.

Zu 6) Das künftige Recht ist nur dann nondum delatum, wenn dessen Erwerbung noch von anderen Umständen und Bedingungen abhängt, bei deren Nichteintritt die Erwerbung unmöglich würde, es gilt aber schon als jus delatum, wenn die Erwerbung lediglich von der eigenen Willkür des Erwerbers abhängt, wie bei der hereditas delata sed nondum adita.

Zu 7) Ausnahmsweise findet nur dann die Zurückforderung Statt, wenn ein bedingtes Versprechen aus Irrthum zu voreilig erfüllt worden ist; l. 10. l. 16. l. 18. l. 48. l. 56. D. 12. 6.

Zu 8) Es liegt allerdings wesentlich im Begriff des Rechts, daß man dasselbe innerhalb seiner Grenzen vollständig muß ausüben können; l. 7. C. 3. 44. l. 13. §. 7. D. 47. 10. — ohne Rücksicht darauf, ob es einem Andern schade; l. 55. D. 50. 17. l. 151. l. 155. §. 1. D. 50. 17. — l. 24. §. 12. l. 26. D. 39. 2., sowie auch, daß der Inhaber eines Rechts auch zu allen Mitteln befugt ist, ohne welche ihm dessen Ausübung unmöglich seyn würde; l. 2. D. 2. 1. — l. 10. D. 8. 1. — l. 20. §. 1. D. 8. 2. — l. 3. §. 3. D. 8. 3. — l. 11. D. 8. 4. — ja sogar gibt es Fälle der Noth, wo aus dringenden Rücksichten zum Schutz der eigenen Rechte ein der Regel nach, (s. l. 1. §. 1. D. 39. 3. — l. 24. §. 12. in f. D. 39. 2.) unerlaubter Eingriff in die Rechtssphäre des Andern gestattet wird; z. B. l. 49. §. 1. D. 9. 2. l. 3. §. 7. D. 47. 9. — Vergleiche auch die Bestimmungen der l. Rhodia de jactu. l. 9. D. 14. 2.

Zu 9) Man muß dies allerdings als die natürliche Regel gelten lassen; l. 21. l. 113. D. 50. 17. — pr. J. 2. 3. — Ausnahmen können nur in Folge besonderer gesetzlicher Bestimmungen Statt finden,

welche hier und da durch eigenthümliche Gründe allerdings herbeigeführt sind. Z. B. die lex Julia de adulteriis gestattet dem Ehemann den Verkauf des fundus Italicus mit Einwilligung der Ehefrau, aber dessen Verpfändung (das minus) ist ihm selbst mit deren Einwilligung nicht erlaubt. — Die Ehefrau kann von dem Ihrigen etwas verschenken, aber verbürgen kann sie sich doch nicht für einen Andern, ungeachtet durch Verschenken ohne Zweifel mehr geschieht, als durch bloße Verbürgung. Derjenige, dem ein Alimentenlegat hinterlassen war, konnte sich nach l. 8. D. 2. 15. ohne Zuziehung des Prätors nicht giltig darüber mit dem Erben vergleichen, gleichwohl konnte er darüber schenkungsweise oder auf andere Art disponiren, er hat hier also das majus und doch nicht das minus. — Ein Testator konnte dem Fructuar die Proprietät ohne Zweifel legiren, l. 21. C. mand., demungeachtet konnte er ihm die cautio fructuaria nicht durch das Testament erlassen; l. 7. C. ut in poss. leg. Mehrere solche Beispiele nebst ihren besonderen Motiven s. Püttmann Adversar. jur. Lib. I. Cap. V. pag. 86. etc.

---

§. 8.

2. Allgemeine Grundsätze über die Ausübung und Uebertragung der Rechte.

1) Kann man ein Recht haben, wenn man auch durch die Umstände verhindert ist, es auszuüben? und kann es auch durch theilweise Ausübung fortwährend erhalten werden?
2) Was gilt bei jedem Recht in Ansehung der damit verbundenen Lasten?
3) Kann das Recht aus eigener Gewalt ausgeübt werden? Was für Strafen der Selbsthilfe verordnen die römischen Gesetze, und bestehen diese Strafen noch jetzt?
4) Welche Ausnahmsfälle können einen Angriff auf Personen und Sachen rechtfertigen?
5) In wie fern gilt das pactum de ingrediendo?
6) Gilt die sonst in Forderungs-Verbriefungen vorkommende Pfändungsclausel, wodurch man dem Gläubiger erlaubt, sich mit und ohne Recht bezahlt zu machen?
7) In wie fern ist das Pfändungsrecht [s. g. Selbstpfändung] zum Schutz des Besitzes gegen Beschädigungen durch andere

Personen und fremde Thiere im gemeinen deutschen Gebrauch begründet?

8) In wie weit ist die Gegenpfändung (Pfandkehrung) und Schutzpfändung erlaubt? —

9) Kann man mehrere Mittel zur Erlangung seines Rechts zugleich anwenden?

10) Kann man auch dasjenige, was man aus irgend einem Grund zu fordern berechtiget, aus einem andern aber zu geben schuldig ist, geltend machen?

11) Kann man für seine eigenen Rechtsverhältnisse auch Rechte Dritter benützen?

12) Worin besteht der natürliche Umfang eines jeden Rechts, oder was ist nach seiner Natur stillschweigend darin begriffen?

13) Welche Ausnahmen von der Regel, daß man das Recht selbst ganz oder zum Theil auf Andere übertragen oder auch veräußern könne, finden sich in den Gesetzen? welche Rechte sind beispielsweise als jura personalissima nicht übertragbar? —

14) Bedarf es bei Uebertragung der Rechte an einen Andern der Einwilligung des Verpflichteten oder bei Unterstellung eines andern Verpflichteten der Einwilligung des Berechtigten?

15) Gilt es auch für Uebertragung des Rechts, wenn Jemand durch Verzichtleistung einem Andern Gelegenheit zu dessen Erwerbung gibt? —

16) Wie pflegt man die successio in Rücksicht ihres objectiven Umfangs einzutheilen, und welche lästige Folge ist mit der successio per universitatem verbunden?

17) Gehen die vom antecessor [auctor] durch Verträge erworbenen, und mit dem Gegenstand verbundenen Rechte von selbst auf den successor singularis über?

18) Kann man sein Recht auch durch Bevollmächtigte ausüben? In wie weit findet Stellvertretung dabei Statt? —

Zu 1) So wenig der Berechtigte sein Recht auszuüben gezwungen werden kann, l. 41. D. 4. 4., eben so wenig kann es ihm — abgesehen von den Grundsätzen der Verjährung — schaden, wenn er während einer gewissen Zeit oder in einer gewissen Lage an dessen Ausübung factisch oder rechtlich verhindert wird (jus dormiens s. quiescens.); l. 2. pr. D. 49. 18. — l. 10. D. 50. 17. — l. un. §. 4.

C. 6. 51. Auch durch theilweise Ausübung wird das Recht fortwährend erhalten; arg. l. 8. §. 1. l. 9. D. 8. 6.

Zu 2) Dieselben stehen in unzertrennlicher Reciprocität; onera sequuntur commoda; l. 10. D. de R. J. l. un. §. 4. C. 6. 51.

Zu 3) Nein; Selbsthilfe ist durch das im kanonischen Recht und in den Reichsgesetzen noch beibehaltene Decretum Divi Marci und durch die Constitutionen späterer Kaiser bei Verlust des Rechts, und wenn dieses ungegründet war, sub poena dupli verboten. Cap. 18. de praeb. in VIto. (3. 4.) R. K. G.=O. v. 1521. Tit. 32. §. 2. — R. A. v. 1532. Tit. 3. §. 15. l. 7. D. 48. 7. — l. 13. D. 4. 2. — l. 7. C. 8. 4. — l. 13. D. 4. 2. — l. 4. C. 3. 39. — l. 10. C. 8. 4. — Nov. 60. c. 1. 2. — Besondere Fälle erlaubter Selbsthilfe s. l. 29. §. 1. D. ad leg. Aquil. (9. 2.); l. 1. §. 2. D. de operis novi nunc. (39. 1.); l. 10. §. 16. D. quae in fraudem cred. (42. 8.); l. 2. C. ut nemo priv. titul. praed. impon. (2. 16.); l. 1. C. ut nemini liceat sine jud. auct. sign. reb. impon. alien. (2. 17.); l. 3. C. de pignor. (8. 14.)

Mehreres über den Begriff von Selbsthilfe s. Benfey im Rhein. Museum Bd. VII. S. 1.; v. Wendt Abh. u. Rechtsfälle S. 50. Zur Erklärung des Decr. Divi Marci s. besonders Sartorius in Linde's Zeitschr. Bd. XX. S. 1. Ueber Anwendung des Decr. Divi Marci bei zweiseitigen Obligationen erzählt Burchardi im civilist. Archiv Bd. XVIII. S. 419. folgenden Fall: A. hatte dem B. eine Uhr für 10 Thlr. verkauft, und es war verabredet, daß der Käufer sich am nächsten Sonntag in der Dorfschenke einfinden und die Uhr gegen Bezahlung in Empfang nehmen sollte. Beide fanden sich zwar ein, aber der Käufer, den der Kauf gereute, verweigerte die Annahme der Uhr, worüber ein heftiger Wortwechsel entstand, welcher damit endigte, daß, als der Käufer einen Geldbeutel mit 5—6 Thalern herauszog, um seine Zeche zu zahlen, der Verkäufer ihm diesen entriß, und erklärte, daß er den Rest zahlen und die Uhr bei ihm in Empfang nehmen möge, außerdem er nichts bekommen würde. B. klagte nun, und A. wurde in eine Gefängnißstrafe und zur Rückgabe des genommenen Geldes verurtheilt. Nach zurückempfangenem Gelde verlangte der Käufer auch die Uhr und erhob deshalb eine neue Klage. Er argumentirte nämlich also: Wenn das Decr. Divi Marci, welches Denjenigen, welcher sich eigenmächtig bezahlt machte, seiner Forderung verlustig erklärt, wirklich demselben zur Strafe gereichen soll, wie es doch die Absicht des Gesetzes sey, so könne derselbe unmöglich von den ihm für seine Forderung obgelegenen Verbindlich-

keiten befreit werden; denn solchergestalt würde bei zweiseitigen Obligationen keine Strafe für ihn herauskommen, wenn mit dem Recht des Schuldigen auch dessen Verbindlichkeit aufgehoben würde. Seinem Begehren stand aber l. 50. D. 19. 1. entgegen, wo bestimmt gesagt ist: wenn der Käufer durch die Wohlthat irgend einer Rechtsbestimmung von der Bezahlung des Kaufgeldes befreit worden ist, ehe ihm die gekaufte Sache tradirt war, dann leidet die bona fides nicht, daß der Verkäufer angehalten werde, zu tradiren, und seine Sache einzubüßen. (Es stände nämlich dem Käufer exc. doli entgegen, wenn er zwar aus dem Contract klagen, aber nicht seine Verbindlichkeit daraus erfüllen wollte.) Hat dagegen schon Tradition Statt gefunden, so muß nach gleichen Grundsätzen nun der Verkäufer seine Sache verlieren. (Der Käufer konnte ihm nämlich, wenn er zurückvindiciren wollte, exc. rei venditae et traditae mit Recht entgegensetzen.) Dies ist wenigstens die wahrscheinlichste Erklärungsart der wegen verschiedener Lesarten zweifelhaften l. 50. D. 19. 1. — [Sintenis, pract. gem. Civilr. I. §. 28. Anm. 11. (der 2. Aufl.) sagt, bei zweiseitigen Vertragsverhältnissen könne der Contrahent, welcher sein Recht verloren hat, doch noch vom Anderen auf Erfüllung verklagt werden.]

Insbesondere soll bei der Grenzverwirrung der Kläger, welcher die Entscheidung durch Usurpation anticipirt, nicht nur das verlieren, was er sich angemaßt hat, sondern auch noch eben so viel von dem Seinigen hinzugeben; l. 4. C. 3. 39. Daß diese Strafen noch h. z. T. gelten, ist, wenn auch nicht ohne allen Dissens; s. Klaproth ordentl. Proc. §. 3., doch nach der Autorität der meisten Rechtslehrer als gemeines Recht zu behaupten. Mackeldey Lehrb. §. 452.; Schweppe a. a. O. §. 161. — Linde in der Zeitschrift f. Civilr. und Proc. Bd. I. S. 433. ꝛc. — Danz ordentl. bürgerl. Proceß §. 5. Ed. IV. [Hierüber bemerkt Sintenis, a. a. O. „neuerlich verneint im Arch. f. prakt. Rechtswiss. I. S. 20. Anm., indeß doch wohl nur in partikularer Anwendung. — Die Einforderung der Privatstrafen geschieht nach Umständen durch rei vindicatio, Publiciana actio, auch furti u. vi bonorum raptorum, sowie die interd. recup. possess., oder condictio ex injusta causa, oder durch eine besondere Klage. Linde, a. a. O. S. 431. Manche haben dieselbe als eine condictio ex lege bezeichnet."]

Zu 4) Ausnahmsweise ist Selbstvertheidigung, jedoch nur in so weit erlaubt, als sie zur eigenen Beschützung unumgänglich nöthig ist. (l. 5. pr. l. 45. §. 4. D. 9. 2. — l. 1. §. 27. u. 28. l. 3. §. 9. l. 17. D. 43. 16. — l. 1. C. 8. 4. — l. 3. u. 4. C.

9. 16.) und so, daß kein Dritter dabei zu Schaden komme (l. 45. §. 4. D. 9. 2); insonderheit ist Selbsthilfe nur ex continenti, nicht ex intervallo zulässig, l. 3. §. 9. D. 43. 16., und dahin beschränkt, daß man nicht mehr Gewalt anwenden darf, als zur Abwendung des Angriffs oder der Gefahr durchaus nothwendig ist, weshalb sie zur augenblicklichen Wiederabnahme dessen, was man verloren, gestattet ist; l. 3. §. 9. l. 17. D. 43. 16. —

Specielle Fälle eines erlaubten Eingriffs sind, wenn zur Hemmung einer Feuersbrunst das brennende oder zunächst stehende Haus niedergerissen wird, l. 45. §. 4. D. 9. 2. — was indessen h. z. T. in das Gebiet der Polizei gehört; — oder wenn eine fremde Sache sich in die meinige ohne meine Schuld auf eine Schaden bringende Weise dergestalt verwickelt, daß ich die letztere ohne Nachtheil der erstern nicht losmachen kann; l. 29. §. 3. 4. D. 9. 2. — [Vergl. auch Elvers, v. d. Beschränkung des Rechts der Selbsthilfe beim Prädialservitutenbesitz, im Arch. f. pract. Rechtswiss. VII. (1859), S. 62—66.; Das O.-A.-G. zu Kassel sprach aus, daß beim Servitutenbesitze ohne körperliches Innehaben der dienenden Sache nicht, wie beim Eigenthums-Besitze, eigenmächtiger Schutz durch Selbsthilfe erlaubt sey. — Die Ausnahmefälle in l. 24. u. l. 10. §. 16. D. 42. 8. verallgemeinert Sintenis a. a. O. S. 242. zu der Regel: Selbsthilfe sey dann gestattet, wenn Gefahr, das Recht nicht mehr verwirklichen zu können, im Verzug sey, welchen das Anrufen der richterlichen Hilfe veranlassen würde, freilich mit (genauer) Beschränkung auf die zur Erreichung des Zweckes nöthigen Mittel.]

Zu 5) Wenn durch dasselbe Jemandem die Befugniß gegeben ist, sich in den Besitz einer Sache zu setzen, so gilt dies doch nur in so weit, als sich der Andere, seinem Versprechen getreu, nicht widersetzt; l. 3. C. 8. 14. — Schweppe §. 131. — Thibaut §. 60.

Zu 6) Nach der gemeinen Meinung hat diese Clausel h. z. T. keine Wirkung mehr, s. Eichhorn Einl. in das deutsche Privatr. §. 121. S. 339., obgleich Manche wenigstens ein beschränktes Pfändungsrecht daraus noch jetzt folgern; s. Kopp de jure pignorandi conventionali Marb. 1738. §. 18 ꝛc. Vergl. Bluntschli deutsch. Privatr. §. 102. S. 284. (der 2. Aufl.)

Zu 7) Obgleich im R. R. verboten, l. 39. §. 1. D. 9. 2. — ist es doch h. z. T. in allen denjenigen Fällen erlaubt, wo die Besitznahme eines Pfandes dazu dient, den Ersatz für erlittene Beeinträchtigung oder deren Bestrafung, oder auch nur deren Beweis zu sichern Doch wird dazu erfordert:

a) daß der Pfändende wirklich im Besitz gestört sey;
b) daß er keinen Exceß dabei begehe;
c) daß er die Pfändung auf seinem Grund und Boden auf frischer That vollzogen habe, und
d) dieselbe sofort dem Richter anzeige; doch ist die Ablieferung des Pfands an den Richter erst auf besondere Anordnung desselben nöthig; Eichhorn a. a. O. 123.; Glück a. a. O. Th. X. §. 697. [Bestand die Pfändung in Ergreifung eines schadenbringenden Thiers (s. g. Viehforst), so ist der Eigenthümer sofort zu benachrichtigen und ihm Gelegenheit zu geben, das Pfand durch Leistung des Pfandgeldes und bezieh. der Fütterungskosten einzulösen. — Die Pflicht der Ablieferung des abgenommenen Pfandes besteht nur partikularrechtlich, z. B. im Königr. Sachsen. Wilda Zeitschr. f. deut. R. I. S. 259. ff. Bluntschli, deut. Privatr. §. 103. (2. Aufl.) v. Gerber, System, §. 69—71. Tödtung von eingedrungenen Gänsen, die weder weggetrieben, noch gefangen werden können, fällt unter den Begriff erlaubter Selbsthilfe; s. Wochenbl. f. merkwürd. Rechtsfälle XI. Jahrg. (1851), S. 439. N. F. IV. Jahrg. (1856), S. 358. VII. Jahrg. (1859), S. 406. ff.]

Zu 8) Nur gegen eine unrechtmäßig vorgenommene Pfändung und unter Vermeidung alles Excesses gilt sie als erlaubte Vertheidigung des Besitzes. Vim vi defendere omnes leges omniaque jura permittunt. l. 45. §. 4. D. 9. 2. — cf. l. 4. D. eod. — l. 3. D. 1. 1. — l. 1. §. 27. l. 3. §. 9. D. 43. 16- — Struben rechtliche Bedenken Th. V. no. 138.

Zu 9) Es unterliegt keinem Zweifel, daß man mehrere Wege zugleich einschlagen kann, um auf dem schnellsten und sichersten Weg seine Befriedigung zu erlangen; l. 1. §. 4. D. 43. 3. — l. 8. D. 16. 2.

Zu 10) Nein; man würde in diesem Falle durch die exc. doli generalis zurückgewiesen werden; l. 173. §. 3. D. de R. J. 50. 17.

Zu 11) Man kann gegen seine Gegner nichts benützen, was vom Recht eines Dritten hergenommen ist; l. 1. §. 9. D. 43. 17. — l. 16. pr. D. 16. 2. [exceptio de jure tertii!] —

Zu 12) Der Berechtigte kann verlangen, daß ihm auch alles dasjenige gestattet werde, ohne welches er sein Recht nicht ausüben kann, s. z. B. l. 20. §. 1. D. 8. 2. — l. 10. D. 8. 1. — l. 3. §. 3. D. 8. 3. — ingleichen darf in der Regel, wie vorhin bemerkt wurde, derjenige, welcher zu dem Mehrern befugt ist, auch das Wenigere

thun, was in jenem enthalten ist; l. 21. l. 113. D. 50. 17. — pr. J. 2. 3. —

Zu 13) Man kann sein Recht ganz veräußern und ganz oder zum Theil auf Andere übertragen, mit Ausnahme besonderer gesetzlicher Beschränkungen, z. B. rücksichtlich der simulirten cessio in potentiorem; s. pr. §. 2. J. 2. 8. — c. 2. C. 2. 14. — Mühlenbruch Lehre von der Cession §. 30. [Ein anderes Beispiel ist das Röm. Verbot der donationes inter virum et uxorem.]

So können Privilegien, indem sie nur der Ausübung nach übertragbar sind, und daher auch nicht auf die Erben übergehen, auch nicht cedirt werden;*) cf. l. 24. pr. D. 4. 4. — l. 42. D. 26. 7. — l. 68. D. 50. 17. — es kann nicht die persönliche serv. habitationis, usus und usus fructus an einen Andern, der nicht Proprietär ist, cedirt werden; Glück a. a. O. Th. VI. §. 536. not. 86. Th. IX. §. 634. S. 223., eben so wenig eine Criminalklage, soweit sie nämlich auf Bestrafung gerichtet ist, überhaupt nicht actiones, quae vindictam spirant, l. 13. §. 1. D. 48. 1., und Popularklagen, l. 5. D. 47. 23. — l. 12. D. 50. 16. — l. 28. D. 47. 10. l. 7. §. 1. l. 13. pr. D. 47. 10. — l. 6. In fine D. 47. 15. — oder Klagen, welche persönlicher Kränkung halber angestellt werden, wie qu. inofficiosi, ingleichen das Recht, eine Schenkung wegen Undankbarkeit des Beschenkten zu widerrufen, l. 1. 7. 10. C. 8. 56. — Forderungen, die mit Verbindlichkeiten so unzertrennlich verknüpft sind, daß eine Uebertragung ohne diese nicht geschehen könnte; l. 19. D. 17. 2. — l. 32. D. 19. 2. — Forderungen, deren Erfüllung sich nach persönlichen Verhältnissen und Bedürfnissen des Gläubigers modificirt; — Rechte, deren Realisirung gewisse persönliche Eigenschaften, die nicht übertragbar sind, voraussetzt; Rechte, welche ein accessorium anderer Rechte sind, können nicht allein und ohne diese übertragen werden; s. v. Wening-Ingenheim Lehrb. d. gem. Civilr. Bd. II. §. 209. S. 74. — Insbesondere ist das Recht, eine Erbschaft anzutreten, nicht cessibel. In Streit befangene Klagen können nach den Gesetzen, einzelne Ausnahmen abgerechnet (s. l. 4. C. 8. 37. — l. 1. D. 44. 6. — l. 1. C. 8. 37. — Nov. 112.) eigentlich nicht, nach willkürlichen Ansichten vieler Praktiker aber dennoch cedirt werden. Thibaut a. a. O. §. 532; Glück

---

*) Doch darf nicht im Allgemeinen der Schluß von Transmissibilität auf Cessibilität als richtig angenommen werden, weder affirmativ, quae sunt transmissibilia sunt etiam cessibilia, noch negativ gefaßt: quae non sunt transmissibilia, nec sunt cessibilia.

Bd. XVI. §. 1016. S. 384. — Forderungen an Minderjährige können nicht an deren Curatoren cedirt werden, Nov. 72. — Die Reichsgesetze verordnen, daß ein Jude seine Forderung an einen Christen nicht einem andern Christen cediren dürfe. Reichsabschied v. J. 1551. §. 78. u. 79.; Reichspolizeiordn. von 1577. Tit. XX. §. 4.; siehe unten das Nähere unter Cession; vergl. Wening-Ingenheim a. a. O. (§. 48.) §. 209.; Mühlenbruch Lehre von der Cession der Forderungen §. 30. 2c.

Zu 14) Bei Uebertragung der Rechte auf einen Andern bedarf es der Einwilligung des Verpflichteten nicht, l. 3. C. 4. 29., [?]*) umgekehrt aber kann ein neuer Verpflichteter nicht ohne Einwilligung des Berechtigten substituirt werden; l. 1. C. 8. 42.

Zu 15) Nein; l. 5. §. 13. D. 24. 1., jedoch gilt es für Uebertragung, wenn er das, was ihm überliefert werden sollte, einem Andern übergeben läßt; l. 1. §. 21. D. 41. 2.

Zu 16) In successio universalis oder per universitatem und singularis oder in rem. Bei der erstern muß sich der Nachfolger immer vorabziehen lassen, was der Vorgänger schuldig war; l. 28. D. 39. 5. — l. 11. D. 49. 14. —

Zu 17) Alle pacta in rem facta gehen auf den successor singularis über; l. 17. §. 5. D. 2. 14. —

Zu 18) Ohne Zweifel, obwohl im ältern Röm. Recht Ausnahmsfälle vorkommen; l. 90. pr. D. 29. 2. — l. 17. §. 1. D. 49. 1. — l. 13. §. 10. D. 46. 4., insonderheit in Ansehung der legis actiones, l. 123. pr. D. de R. J. 50. 17. — l. 3. C. 7. 1. Die Stellvertretung fand im ältern Röm. Recht nur durch die in unserer Gewalt befindlichen Menschen und auch da nur zum Erwerben, nicht zur Verminderung des Vermögens Statt; schon die l. 53. D. 41. 1. erweiterte ihr Gebiet; endlich das neueste Recht statuirt die Stellvertretung indistinct, soweit nämlich die Natur der Sache nicht eine Ausnahme erheischt.

In dieser Beziehung erscheint das Gebiet der Stellvertretung fast blos auf das Vermögen, soweit es Gegenstand des lebendigen Rechtsverkehrs unter den Zeitgenossen ist, beschränkt. Bei Delicten ist das Verhältniß der Stellvertretung unanwendbar, und nur unbedeutende Anwendung findet es im Familienrecht und im Erbrecht.

---

*) [Ein Satz, welcher in dieser Allgemeinheit sein Bedenkliches hat; man denke an die Cession, welche keine völlige Uebertragung enthält.]

So kann eine Ehe oder Adoption und Emancipation nur in eigener Person vor sich gehen, und Niemand kann durch Stellvertreter ein Testament machen; s. v. Savigny System des h. R. R. Bd. III. §. 113.

§. 9.

3. Von Erhaltung und Sicherung der Rechte.

1) Welche Mittel gibt es, um in seinen Handlungen sich gegen unabsichtlichen Verlust seines Rechts zu wahren?
2) Was versteht man unter Caution und wie viel Arten derselben gibt es?
3) In welchen Fällen kann Caution gefordert werden?
4) Wer ist von Caution gesetzlich befreit?
5) Wie wird es gehalten, wenn sich Mehrere um die Caution streiten?
6) In welchen Fällen kann die Ergänzung einer unzulänglich gewordenen Caution gefordert werden?
7) Kann für ein Modalversprechen Caution wegen Erfüllung des modus gefordert werden?
8) Berechtigt ein unter einer Suspensivbedingung erhaltenes Versprechen zur Cautionsforderung, während die Bedingung schwebt?
9) Kann mit der Negatorien- oder mit der confessorischen Klage zugleich das Cautionsbegehren verbunden werden?
10) Kann der Richter von Amtswegen auf Caution erkennen?
11) Kann bei Theilungen Caution wegen Entwährung gefordert werden? insonderheit, wenn die sämmtlichen Urkunden entweder wegen ihrer Untheilbarkeit oder vermöge eines Prälegats Einem der Erben übergeben werden, können dann die übrigen Miterben von jenem eine Caution wegen Vorlage der Urkunden in Fällen des Bedürfnisses verlangen?
12) Wann kann die cautio de non offendendo gefordert werden?
13) Worin besteht die rechtliche Wirkung der Sequestrationen und Arreste?

Zu 1) Den Vorbehalt (reservatio) in Ansehung gewisser Rechte, deren Aufgebung sonst aus unserer Handlung folgen würde,

oder doch gefolgert werden könnte. Derselbe ist im Zweifel bei jeder Rechtsübertragung nöthig, weil ein Vorbehalt nicht vermuthet wird; auch muß er immer streng ausgelegt werden, l. 77. D. 18. 1. — ferner die Protestation, wodurch wir uns gegen die nachtheiligen Folgen, welche eine Handlung für uns haben könnte, verwahren; l. 14. §. 8. D. 11. 7. Diese findet besonders Statt, wenn nur durch einen Schluß aus dem Sinn der Handlung das Aufgeben der Rechte gefolgert werden kann, nicht aber, wenn eine Handlung nach gesetzlicher Vorschrift durchaus gewisse Folgen haben soll; denn dies wäre als protestatio facto contraria wirkungslos; l. 14. D. 6. 2. — Mackeldey a. a. O. §. 184. Thibaut §. 116.

Zu 2) Caution im Allgemeinen, — welche sowohl in einem Privatgeschäft, als in richterlicher Verfügung erwachsen kann und in manchen Verhältnissen auf specieller gesetzlicher Vorschrift beruht, wie bei der cautio usufructuaria und legatorum servandorum — ist das Mittel, wodurch man sich vorläufig der künftigen Realisirung eines Rechts versichert. Dies kann geschehen:

a) durch Feststellung des zu sichernden Anspruchs gegen den Verpflichteten, indem der Anspruch dadurch zur Gewißheit erhoben, oder auch, wenn sonst eine Klage nicht Statt fände, [z. B. bei obligatio naturalis] klagbar gemacht wird; hiezu genügt bloße Verbalcaution (repromissio);

b) durch Einwirken auf das Gewissen des Verpflicheeten, um sich gegen bösen Willen desselben zu sichern; worauf das eidliche Versprechen zielt (cautio juratoria);

c) durch materielle Sicherung (cautio realis), indem der Berechtigte zum Zweck sicherer Realisirung seines in der Person des Verpflichteten von nicht zweifellosem Erfolge scheinenden Rechts eine andere Person (bei welcher habilitas und idoneitas sich findet, cautio fidejussoria), oder eine Sache unterstellen läßt (cautio pignoratitia), oder das Rechtsobject selbst in Schutz gegen jede mögliche Verletzung gibt (depositum, arrestum, sequestratio).

Zu 3) Caution kann fordern in allen Verhältnissen, welche bonae fidei sind, — s. l. 41. D. 5. 1. — l. 38. pr. D. 17. 2; Schweppe a. a. O. §. 187. —

a) Der Verpflichtete von dem Recht Nehmenden, wenn Letzterem eine Gegenleistung an den Ersteren obliegt; l. 58. §. 2. D. 19. 2. — l. 19. D. de legat. III. — l. 26. D. 21. 1. — l. 18. §. 1. D. 18. 6. — oder wenn Letzterer etwas einfordert, was er demnächst an den Verpflichteten zurückzugeben obligirt seyn kann;

l. 48. §. 1. D. de legat. II. — l. 3. D. 27. 8. — l. 78. §. 1 D. 35. 2. J. R. A. §. 124. Beispielsweise muß, wenn der Erbschaftsklage die Einrede der Ungültigkeit des Testaments entgegengesetzt wird, der Beklagte dem Kläger wegen der in seinem Besitz befindlichen Erbschaft Caution leisten; l. 5. §. 1. D. 5. 3;

b) der Berechtigte vom Verpflichteten: wenn dieser durch eigenes Verschulden den Berechtigten in den Zustand der Unsicherheit zu versetzen anfängt; l. 41. D. 5. 1. — l. 21. §. 3. D. 49. 1. — l. 22. §. 8. D. 24. 3. — In gewissen Fällen kann auch für ein jus futurum schlechthin Caution gefordert werden, s. oben Kap. II. §. 7. 34. Der Reivindicant kann bei erfolgender Restitution der Sache vom Besitzer Caution fordern, daß er weder dolose noch culpose die Lage des Klägers in Ansehung der restituirten Sache verschlimmert habe; l. 45. D. 6. 1. — Mehreres siehe bei den einzelnen Rechtsmaterien.

Zwar soll Niemand ohne Noth mit Caution belästigt werden, l. 14. §. 1. D. 36. 3. — l. 3. §. 1. D. 36. 4. — doch hindern Bedingungen und Termine den Berechtigten nicht, vor deren Eintritt Caution zu fordern, wenn er sonst dazu berechtiget ist; l. 41. D. 5. 1. — l. 6. pr. D. 42. 4. — l. 13. l. 14. D. 36. 3. —

Zu 4) Der Fiscus ist von allen Realcautionen frei, auch respublicae sind nur zur Verbalcaution verpflichtet; l. 6. §. 1. ut legat. serv. — Immobilienbesitzer sind in der Regel nur von Proceßcautionen befreit, l. 15. pr. D. 2. 8. und Besitzer von Realrechten sind Jenen gleich zu achten; s. Glück Comment. Thl. II. §. 248. Kann der Verpflichtete keine Realcaution aufbringen, so genügt wohl bei den gewöhnlichen Proceßcautionen die juratorische §. 2. J. 4 11. Nov. 112 c. 2., außerdem aber kann es zum Arrest oder Sequester kommen, l. 7. §. 2. D. 2. 8. Schweppe röm. Privatr. Bd. I. §. 188. Wenn von mehreren Litisconsorten etwa einer mit Immobilien angesessen ist, so sind darum die übrigen keineswegs mit der cautio pro reconvent. et expens. zu verschonen; s. Glück Comment. Thl. III. §. 248.

Zu 5) Sie ist Allen zu leisten, kommt aber blos dem Sieger zu Gute; l. 1. §. 17. D. 36. 3. — l. 16. D. eod.

Zu 6) In der Regel ist jeder Cautionspflichtige auch zur Ergänzung der mangelhaft gewordenen Caution verbunden, ausgenommen, wenn der Berechtigte schon bei deren Annahme die Insufficienz voraussehen konnte; l. 3. §. 3. D. 36. 4. — Auch kann alsdann nicht mehr eine Verstärkung der Caution verlangt werden, wenn ein

Personen und fremde Thiere im gemeinen deutschen Gebrauch begründet?

8) In wie weit ist die Gegenpfändung (Pfandkehrung) und Schutzpfändung erlaubt? —
9) Kann man mehrere Mittel zur Erlangung seines Rechts zugleich anwenden?
10) Kann man auch dasjenige, was man aus irgend einem Grund zu fordern berechtiget, aus einem andern aber zu geben schuldig ist, geltend machen?
11) Kann man für seine eigenen Rechtsverhältnisse auch Rechte Dritter benützen?
12) Worin besteht der natürliche Umfang eines jeden Rechts, oder was ist nach seiner Natur stillschweigend darin begriffen?
13) Welche Ausnahmen von der Regel, daß man das Recht selbst ganz oder zum Theil auf Andere übertragen oder auch veräußern könne, finden sich in den Gesetzen? welche Rechte sind beispielsweise als jura personalissima nicht übertragbar? —
14) Bedarf es bei Uebertragung der Rechte an einen Andern der Einwilligung des Verpflichteten oder bei Unterstellung eines andern Verpflichteten der Einwilligung des Berechtigten?
15) Gilt es auch für Uebertragung des Rechts, wenn Jemand durch Verzichtleistung einem Andern Gelegenheit zu dessen Erwerbung gibt? —
16) Wie pflegt man die successio in Rücksicht ihres objectiven Umfangs einzutheilen, und welche lästige Folge ist mit der successio per universitatem verbunden?
17) Gehen die vom antecessor [auctor] durch Verträge erworbenen, und mit dem Gegenstand verbundenen Rechte von selbst auf den successor singularis über?
18) Kann man sein Recht auch durch Bevollmächtigte ausüben? In wie weit findet Stellvertretung dabei Statt? —

Zu 1) So wenig der Berechtigte sein Recht auszuüben gezwungen werden kann, l. 41. D. 4. 4., eben so wenig kann es ihm — abgesehen von den Grundsätzen der Verjährung — schaden, wenn er während einer gewissen Zeit oder in einer gewissen Lage an dessen Ausübung factisch oder rechtlich verhindert wird (jus dormiens s. quiescens.); l. 2. pr. D. 49. 18. — l. 10. D. 50. 17. — l. un. §. 4.

C. 6. 51. Auch durch theilweise Ausübung wird das Recht fortwährend erhalten; arg. l. 8. §. 1. l. 9. D. 8. 6.

Zu 2) Dieselben stehen in unzertrennlicher Reciprocität; onera sequuntur commoda; l. 10. D. de R. J. l. un. §. 4. C. 6. 51.

Zu 3) Nein; Selbsthilfe ist durch das im kanonischen Recht und in den Reichsgesetzen noch beibehaltene Decretum Divi Marci und durch die Constitutionen späterer Kaiser bei Verlust des Rechts, und wenn dieses ungegründet war, sub poena dupli verboten. Cap. 18. de praeb. in VIto. (3. 4.) R. K. G.=O. v. 1521. Tit. 32. §. 2. — R. A. v. 1532. Tit. 3. §. 15. l. 7. D. 48. 7. — l. 13. D. 4. 2. — l. 7. C. 8. 4. — l. 13. D. 4. 2. — l. 4. C. 3. 39. — l. 10. C. 8. 4. — Nov. 60. c. 1. 2. — Besondere Fälle erlaubter Selbsthilfe s. l. 29. §. 1. D. ad leg. Aquil. (9. 2.); l. 1. §. 2. D. de operis novi nunc. (39. 1.); l. 10. §. 16. D. quae in fraudem cred. (42. 8.); l. 2. C. ut nemo priv. titul. praed. impon. (2. 16.); l. 1. C. ut nemini liceat sine jud. auct. sign. reb. impon. alien. (2. 17.); l. 3. C. de pignor. (8. 14.)

Mehreres über den Begriff von Selbsthilfe s. Benfey im Rhein. Museum Bd. VII. S. 1.; v. Wendt Abh. u. Rechtsfälle S. 50. Zur Erklärung des Decr. Divi Marci s. besonders Sartorius in Linde's Zeitschr. Bd. XX. S. 1. Ueber Anwendung des Decr. Divi Marci bei zweiseitigen Obligationen erzählt Burchardi im civilist. Archiv Bd. XVIII. S. 419. folgenden Fall: A. hatte dem B. eine Uhr für 10 Thlr. verkauft, und es war verabredet, daß der Käufer sich am nächsten Sonntag in der Dorfschenke einfinden und die Uhr gegen Bezahlung in Empfang nehmen sollte. Beide fanden sich zwar ein, aber der Käufer, den der Kauf gereute, verweigerte die Annahme der Uhr, worüber ein heftiger Wortwechsel entstand, welcher damit endigte, daß, als der Käufer einen Geldbeutel mit 5—6 Thalern herauszog, um seine Zeche zu zahlen, der Verkäufer ihm diesen entriß, und erklärte, daß er den Rest zahlen und die Uhr bei ihm in Empfang nehmen möge, außerdem er nichts bekommen würde. B. klagte nun, und A. wurde in eine Gefängnißstrafe und zur Rückgabe des genommenen Geldes verurtheilt. Nach zurückempfangenem Gelde verlangte der Käufer auch die Uhr und erhob deshalb eine neue Klage. Er argumentirte nämlich also: Wenn das Decr. Divi Marci, welches Denjenigen, welcher sich eigenmächtig bezahlt machte, seiner Forderung verlustig erklärt, wirklich demselben zur Strafe gereichen soll, wie es doch die Absicht des Gesetzes sey, so könne derselbe unmöglich von den ihm für seine Forderung obgelegenen Verbindlich=

keiten befreit werden; denn solchergestalt würde bei zweiseitigen Obligationen keine Strafe für ihn herauskommen, wenn mit dem Recht des Schuldigen auch dessen Verbindlichkeit aufgehoben würde. Seinem Begehren stand aber l. 50. D. 19. 1. entgegen, wo bestimmt gesagt ist: wenn der Käufer durch die Wohlthat irgend einer Rechtsbestimmung von der Bezahlung des Kaufgeldes befreit worden ist, ehe ihm die gekaufte Sache tradirt war, dann leidet die bona fides nicht, daß der Verkäufer angehalten werde, zu tradiren, und seine Sache einzubüßen. (Es stände nämlich dem Käufer exc. doli entgegen, wenn er zwar aus dem Contract klagen, aber nicht seine Verbindlichkeit daraus erfüllen wollte.) Hat dagegen schon Tradition Statt gefunden, so muß nach gleichen Grundsätzen nun der Verkäufer seine Sache verlieren. (Der Käufer konnte ihm nämlich, wenn er zurückvindiciren wollte, exc. rei venditae et traditae mit Recht entgegensetzen.) Dies ist wenigstens die wahrscheinlichste Erklärungsart der wegen verschiedener Lesarten zweifelhaften l. 50. D. 19. 1. — [Sintenis, pract. gem. Civilr. I. §. 28. Anm. 11. (der 2. Aufl.) sagt, bei zweiseitigen Vertragsverhältnissen könne der Contrahent, welcher sein Recht verloren hat, doch noch vom Anderen auf Erfüllung verklagt werden.]

Insbesondere soll bei der Grenzverwirrung der Kläger, welcher die Entscheidung durch Usurpation anticipirt, nicht nur das verlieren, was er sich angemaßt hat, sondern auch noch eben so viel von dem Seinigen hinzugeben; l. 4. C. 3. 39. Daß diese Strafen noch h. z. T. gelten, ist, wenn auch nicht ohne allen Dissens; s. Klaproth ordentl. Proc. §. 3., doch nach der Autorität der meisten Rechtslehrer als gemeines Recht zu behaupten. Mackeldey Lehrb. §. 452.; Schweppe a. a. O. §. 161. — Linde in der Zeitschrift f. Civilr. und Proc. Bd. I. S. 433. 2c. — Danz ordentl. bürgerl. Proceß §. 5. Ed. IV. [Hierüber bemerkt Sintenis, a. a. O. „neuerlich verneint im Arch. f. prakt. Rechtswiss. I. S. 20. Anm., indeß doch wohl nur in partikularer Anwendung. — Die Einforderung der Privatstrafen geschieht nach Umständen durch rei vindicatio, Publiciana actio, auch furti u. vi bonorum raptorum, sowie die interd. recup. possess., oder condictio ex injusta causa, oder durch eine besondere Klage. Linde, a. a. O. S. 431. Manche haben dieselbe als eine condictio ex lege bezeichnet.“]

Zu 4) Ausnahmsweise ist Selbstvertheidigung, jedoch nur in so weit erlaubt, als sie zur eigenen Beschützung unumgänglich nöthig ist. (l. 5. pr. l. 45. §. 4. D. 9. 2. — l. 1. §. 27. u. 28. l. 3. §. 9. l. 17. D. 43. 16. — l. 1. C. 8. 4. — l. 3. u. 4. C.

9. 16.) und so, daß kein Dritter dabei zu Schaden komme (l. §. 4. D. 9. 2); insonderheit ist Selbsthilfe nur ex continenti, n ex intervallo zulässig, l. 3. §. 9. D. 43. 16., und dahin beschrä daß man nicht mehr Gewalt anwenden darf, als zur Abwendung Angriffs oder der Gefahr durchaus nothwendig ist, weshalb sie augenblicklichen Wiederabnahme dessen, was man verloren, gesta ist; l. 3. §. 9. l. 17. D. 43. 16. —

Specielle Fälle eines erlaubten Eingriffs sind, wenn zur H mung einer Feuersbrunst das brennende oder zunächst stehende H niedergerissen wird, l. 45. §. 4. D. 9. 2. — was indessen h. z. in das Gebiet der Polizei gehört; — oder wenn eine fremde S sich in die meinige ohne meine Schuld auf eine Schaden bringe Weise dergestalt verwickelt, daß ich die letztere ohne Nachtheil der ers nicht losmachen kann; l. 29. §. 3. 4. D. 9. 2. — [Vergl. Elvers, v. d. Beschränkung des Rechts der Selbsthilfe beim P dialservitutenbesitz, im Arch. f. pract. Rechtswiss. VII. (1859), S. 62—6 Das O.=A.=G. zu Kassel sprach aus, daß beim Servitutenbesitze o körperliches Innehaben der dienenden Sache nicht, wie beim Eigenthu Besitze, eigenmächtiger Schutz durch Selbsthilfe erlaubt sey. — Ausnahmefälle in l. 24. u. l. 10. §. 16. D. 42. 8. verallgemein Sintenis a. a. O. S. 242. zu der Regel: Selbsthilfe sey d gestattet, wenn Gefahr, das Recht nicht mehr verwirklichen zu kön im Verzug sey, welchen das Anrufen der richterlichen Hilfe veranla würde, freilich mit (genauer) Beschränkung auf die zur Erreichung Zweckes nöthigen Mittel.]

Zu 5) Wenn durch dasselbe Jemandem die Befugniß gegeben sich in den Besitz einer Sache zu setzen, so gilt dies doch nur in weit, als sich der Andere, seinem Versprechen getreu, nicht widers l. 3. C. 8. 14. — Schweppe §. 131. — Thibaut §. 60.

Zu 6) Nach der gemeinen Meinung hat diese Clausel h. z. keine Wirkung mehr, s. Eichhorn Einl. in das deutsche Priv §. 121. S. 339., obgleich Manche wenigstens ein beschränktes Pf dungsrecht daraus noch jetzt folgern; s. Kopp de jure pignorandi ventionali Marb. 1738. §. 18 ꝛc. Vergl. Bluntschli deutsch. Priv §. 102. S. 284. (der 2. Aufl.)

Zu 7) Obgleich im R. R. verboten, l. 39. §. 1. D. 9. 2. ist es doch h. z. T. in allen denjenigen Fällen erlaubt, wo die Be nahme eines Pfandes dazu dient, den Ersatz für erlittene Beeintr tigung oder deren Bestrafung, oder auch nur deren Beweis zu sich Doch wird dazu erfordert:

und unwesentlich unterscheide. Schenck gegenüber, welcher das Retentionsrecht als ein eigenthümlich geartetes Recht auffaßte und speziell als ein accessorisches, untheilbares, persönliches, nicht subsidiäres Recht bezeichnete, ward dann von Puchta Pand. §. 94. u. Arndts Pand. §. 102. daran festgehalten, daß das Retentionsrecht nur unter den Gesichtspunkt der exceptio doli falle, und genauer bemühte sich zuletzt Sintenis pract. gem. Civilr. II. §. 91. D. jenem formalen Gedanken einen bestimmteren Inhalt zu geben und zugleich den von Schenck durchgeführten Begriff der Connexität näher zu fixiren. Die Ergebnisse der Groskopff'schen Untersuchung sind: daß das Retentionsrecht keineswegs eine (zu sichernde) Forderung zur Voraussetzung habe, daß es folglich noch weniger auf Connexität der Forderung mit der retinirten Sache ankomme, auch im Allgemeinen darauf nicht, daß der Retinirende die Sache bona fide bekommen habe; daß ferner die Lehre unhaltbar sey, wonach das Ret.-R. immer auch dann Platz greife, wenn die Gegenforderung des Schuldners aus demselben Rechtsverhältniß und darauf bezüglichen Handlungen und Ereignissen entsprungen, aus welchen gegen ihn auf Herausgabe der Sache geklagt wird, sowie dann, wenn die Forderung durch die Sache selbst entstanden sey; daß vielmehr ein Ret.-R. nur da anzuerkennen sey, wo der Besitzer die Restitution der Sache so lange verweigern darf, bis ihm das Seinige, welches in derselben steckt, und er faktisch noch mit der Sache in Händen hat, vom Anderen gegen deren Herausgabe herausgekehrt werde, m. a. W. da, wo Bestandtheile eigenen Vermögens mit Gegenständen eines fremden verbunden sind; daß demnach ein Ret.-R. an eigner Sache undenkbar sei; daß aber in allen Fällen, wo ein Retentionsrecht geltend gemacht wird, die Klage nicht abzuweisen, sondern der Beklagte bedingungsweise zur Herausgabe derselben zu verurtheilen sey, nämlich unter der Bedingung, daß er dagegen dem Beklagten das Seinige Zug um Zug ersetze; daß daher diese Fälle streng von denen zu unterscheiden seyen, wo eine Klage auf Grund der exceptio doli abgewiesen werde, selbst wenn hier die exceptio doli ebenfalls darauf beruhen sollte, daß Kläger eine Leistung verweigere, deren Angebot zur Begründung der Klage erforderlich ist; endlich, daß der Kläger nicht durch Cautionsleistung zur Herausgabe der retinirten Sache zwingen könne, und daß das Ret.-R. auch noch gegen die Concursgläubiger des Gegners seine Kraft behaupte. Das eigentliche Ret.-R. führe namentlich bei seiner processualischen Durchführung dahin, daß die Gegenansprüche des Beklagten genau festzustellen seyen, was da, wo auf Grund der exc. doli Abweisung der

Klage erfolge, nicht der Fall sey; — daß also durch das richterliche Urtheil genau bestimmt werde, was beide Parteien einander zu leisten haben, um so einen Austausch dieser Leistungen herbeizuführen (s. Groskopff a.a.O. S. 11. 98. 99.) Diesen Ergebnissen stimmt Sintenis in der 2. Aufl. seines Civilr. II. S. 167—169. der Hauptsache nach bei, jedoch leugnet er, daß das Ret.-R. blos zum Schutze eines faktischen Verhältnisses diene und nicht einmal eine (zu sichernde) naturalis obligatio zur Voraussetzung habe. Mir scheint, daß auch in diesem Punkte Groskopff das Richtige getroffen habe, und daß folglich hier die Retention auf Einer Linie mit dem pactum (de non petendo) stehe, durch welches keine naturalis obligatio, aber wohl eine exceptio begründet wird. Vgl. Kuntze in Schletter's Jahrb. d. deutsch. Rechtswissenschaft V. S. 102].

Zu 2) Zur Geltendmachung des Retentionsrechts ist

A. in Ansehung der Beschaffenheit der Forderung gleichgeltend, ob ihr eine obl. naturalis*) oder civilis zum Grunde liege, l. 51. D. 12. 6. Sie darf nur nicht eine gesetzlich reprobirte seyn. — Streitig ist,

Zu a) ob auch für eine bedingte oder betagte Forderung das Retentionsrecht stattfinde? Für die verneinende Antwort ist anzuführen: l. 35. D. 5. 1. — l. 213. D. 50. 16. — l. 36. D. 12. 1. Lenz in Weiske's Rechtslex. Bd. IX. H. 3. S. 388; Luden Retent. R. §. 27. Sie stützt sich auf den Grund, daß wegen eines noch ungewissen künftigen Anspruches kein judicium, mithin um so weniger eine Privatexecution mittelst der Retention stattfinde. Vgl. l. 14. §. 2. D. 42. 4. creditor conditionalis in possessionem non mittitur, ferner eine plus petitio dadurch begangen würde wenn das Retentionsrecht vor Fälligkeit der Forderung ausgeübt werden wollte; überhaupt für eine rechtlich noch nicht erzwingbare Forderung auch ein Zwang durch Retention nicht zuläßig seyn könne. Vorzüglich dürfte sich die verneinende Meinung in Ansehung der Suspensivbedingung rechtfertigen,**) weil da

*) Luden a. a. O. §. 18. bestreitet dies zwar, erkennt es aber doch als die allgemein angenommene Meinung an. [Groskopff a. a. O., S. 24. verneint überhaupt das Erforderniß einer zu Grunde liegenden Forderung, zufolge l. 48. D. 6. 1.; l. 33. D. 12. 6. denn es gibt Fälle, wo die Retention statthaft und doch nicht Compensation oder condictio indebiti möglich ist.]

**) Ausgenommen etwa diejenigen Fälle, wo für eine bedingte Forderung die Zahlung selbst gegen Caution gefordert werden kann; arg. l. 7. l. 18. l. 73. D. 35. 1. — l. 4. §. 1. D. 38. 7.

die Forderung noch gar nicht existirt, dagegen bei der Resolutivbedingung und bei einer blos betagten Forderung dieses nicht wohl behauptet werden kann. Für diese Fälle vertheidigt vorzüglich Schenck a. a. O. §. 39. die Zulässigkeit des Retentionsrechts. Der für die negative Meinung vorhin angeführten l. 14. §. 2. D. 42. 4. steht übrigens die l. 6. pr. D. 42. 4. entgegen, welche die missio in possessionem allerdings, nur nicht zum Zweck des Verkaufs der Güter, wegen einer bedingten Forderung gestattet; l. 7. §. 14. l. 14. §. 2. eod. Mühlenbruch Lehrb. d. Pand. Bd. I. §. 156. Die Retention ist auch nicht als eine Privatexecution zu betrachten, indem sie nur Sicherstellung bezweckt und ich an Sachen, welche ich selbst inhabe, nur eben so viel Recht suche, als ich, wenn sie in fremder Hand wären, durch Mission oder Arrest erlangen würde;

Zu b) ob Liquidität der Forderung zur Geltendmachung eines Retentionsrechts nothwendig sey? Darüber sind zwar auch die Meinungen verschieden; insbesondere hält sie für erforderlich: Mühlenbruch Lehrbuch §. 186; Leyser Sp. 175. M. 4. Mehrere Autoritäten aber sprechen dafür, daß ein Mangel der Liquidität der Retention nur in so weit schade, daß sie einer dargebotenen Cautionsleistung weichen müsse; s. Leyser l. c. Stryck Us. mod. Lib. XVI. tit. 2. §. 16; Pufendorf obs. jur. P. II. obs. 130; v. Bülow Abhandl. Thl. II. Abth. II. S. 218. Man ist nun auch wohl darüber einig, daß es sich blos zu einer Proceßfrage gestalte, welche dahin beantwortet werden muß: wird der Besitzer im ordentlichen Proceß auf Herausgabe der Sache belangt, so muß er zum Beweis des factischen Inhalts seiner Retentionseinrede gelassen werden; ist hingegen eine solche Proceßart zulässiger Weise gegen ihn gewählt, wobei illiquide Einreden nicht beachtet werden dürfen, so muß auch die Retentionsrede in continenti liquid gemacht werden; s. Glück Comment. Thl. XV. S. 124. Lenz in Weiske's Rechtslex. Bd. IX. S. 388; Schenck a. a. O. S. 128 bis 131. [Groskopff a. a. O. S. 90. ist derselben Ansicht, mit dem Hinzufügen: es genüge zur Liquidität, wenn der Beklagte hinlänglich bescheinige, daß genügender Grund zur Ausübung des Retentionsrechts vorhanden sey, möge dann auch die Liquidation dessen, was ihm gebührt, eine größere Umständlichkeit nöthig machen. Im Falle jener Illiquidität aber liege dem Richter ob, dem Beklagten, welchem durch Herausgabe der Sache

seine Ansprüche verloren gehen würden, diese zur Geltendmachung in separato vorzubehalten, und unter Umständen dem Kläger sogar zur Begründung einer desfallsigen Klage eine Caution aufzuerlegen.] Wichtig ist auch

Zu c) die Streitfrage über das Erforderniß der Connexität; ob nämlich die Forderung in irgend einer sachlichen Beziehung zu der res retinenda stehen müsse. Die Literatur über diese Streitfrage s. Schenck a. a. O. S. 171. ꝛc. Die neueren Rechtslehrer — Luden a. a. O. §. 19 [und neuerdings Groskopff a. a. O. S. 34. ff. und ähnlich Sintenis Civilr. II. S. 168.] ausgenommen — sind nun über das Erforderniß der Connexität wesentlich einverstanden, und ihnen zufolge wird das Retentionsrecht in folgenden Fällen angenommen:

1) wegen versio in rem, impensae oder expensae, oder Verwendungen, welche der Detentor auf die Sache, oder in Bezug auf dieselbe gemacht hat;*) vorausgesetzt nämlich, daß dafür eine Ersatzverbindlichkeit gesetzlich begründet ist, was sowohl aus einer Geschäftsführung, als aus irriger Meinung, eine fremde Sache sey seine eigene, herrühren kann; beispielsweise s. l. 27. §. 5. l. 48. D. 6. 1. — l. 44. §. 1. D. 39. 2. — l. 23. §. 4. D. 6. 1., wo dem Eigenthümer der Accessionen das Retentionsrecht gegen den die Herausgabe fordernden Eigenthümer oder Pfandgläubiger der Hauptsache gestattet ist; ferner l. 1. C. 8. 16. — l. 4. §. 9. D. 44. 4. vgl. l. 7. §. 5. D. 27. 9. — l. 16. pr. D. 13. 7. l. un. C. 2. 48. — l. 27. D. 6. 1. vgl. l. 53. §. 4. D. 47. 2. — l. 1. pr. D. 20. 6. vgl. l. 65. pr. D. 6. 1. l. 2. pr. D. 14. 2; Glück Comment. Thl. XV. S. 125. Th. XXVII. S. 125. Groskopff a. a. O. S. 15. ff. 35. ff. Sintenis a. a. O. II. S. 170.

2) wenn die Gegenforderung des Retentors aus demselben Rechtsverhältniß und darauf bezüglichen Handlungen und Ereignissen entspringt, aus welchem gegen ihn auf Herausgabe der Sache

*) Ueber die Ausnahme beim Depositum nach l. 11. C. 4. 34. Nov. 88. c. 1 s. Bd. III. Kap. VI. des besonderen Theils des Obligationenrechts. Auch ist in den Gesetzen dessen Ausübung zuweilen eingeschränkt. Z. B. das Heirathsgut der Ehefrau kann nur wegen nothwendiger, nicht aber wegen blos nützlicher Verwendungen retinirt werden. l. un. §. 5. C. de rei uxor. act. — §. 37. J. de act. — Dem Commodatar wird die Retention nur für mäßige und nothwendige Impensen gestattet; s. Glück Comment Th. XIII. §. 859; Schenck a. a. O. §. 61.

geklagt wird; z. B. in denjenigen Fällen, wo für den Verpflichteten act. contrariae begründet sind (exc. casu depositi); [gegen Annahme dieser zweiten Kategorie s. Groskopff, a. a. O. S. 54. ff.]

3) wenn durch die Sache selbst die Forderung entstanden ist, z. B. dem Retentor durch die Sache ein Schade zugefügt wurde; l. 6. 7. §. 2. l. 9. pr. D. de damno infecto. — l. 5. §. 4. ad exhib. — l. 8. de incendio. l. 18. §. 3. commod. — l. 27. §. 5. D. 6. 1., vgl. mit l. 53. §. 4. D. 47. 2. [Auch von diesen Fällen leugnet Groskopff a. a. O. S. 58. ff., daß ein Retentionsrecht im eigentlichen Sinne vorliege; z. B. im Falle der l. 8. D. 47. 9. retinirt der Grundbesitzer nicht, sondern verbietet nur den Zutritt auf sein Grundstück.]

Zweifelhaft bleibt es aber doch, ob durch diese 3 Kategorien, — wie Sintenis im pr. gem. Civilr. Bd. II. §. 91. annimmt — das Gebiet der Connexitätsfälle erschöpft sey? Schenck a. a. O. findet in den Gesetzen mehrere Fälle, welche sich unter diese aus der Summe der von den römischen Juristen getroffenen Einzelentscheidungen abstrahirten Kategorien nicht subsumiren lassen, in welchen aber doch der Retention statt gegeben wird, und findet sich dadurch veranlaßt, für sie den Gesichtspunkt einer positiven, neben der in vorstehenden 3 Kategorien begriffenen ursprünglichen Connexität annehmen zu müssen. Lenz in Weiske's Rechtslexikon Bd. IX. H. 3. S. 389. nimmt 4 Kategorien an, indem er unsere zweite Kategorie in einer weiteren Ausdehnung auffaßt, auf solche Forderungen nämlich, welche nicht wesentlich und beständig mit dem Rechtsgrunde, aus welchem auf Restitution geklagt wird, verknüpft sind, sondern nur bei Gelegenheit desselben und secundär in Frage kommen können,*) ferner auf solche Fälle, in denen der Detentor aus der detinirten Sache seine Befriedigung zu fordern oder doch (ex fide bona) zu erwarten berechtigt ist.**) Sollten doch noch aus einzelnen Gesetzstellen

*) Beispiele s. l. 8. §. 1. D. 13. 7. — l. 50. §. 1. D. 5. 3. vgl. l. 32. pr. l. 14. §. 11. D. 11. 7. — l. 58. D. 5. 3. — l. 39. pr. D. 10. 2. — l. 25. D. 3. 3. — l. 18. §. 3. vgl. mit §. 4. D. 13. 6. — Nach l. 1. §. 4. D. 27. 4. darf wohl angenommen werden, daß der Vormund nicht allein wegen der Impensen, sondern auch wegen anderer aus der Vormundschaft entsprungenen Forderungen an den Pupillen ein Retentions- und Compensationsrecht geltend machen kann; s. Lenz a. a. O. S. 392. not. 64., was jedoch Rudorff d. Recht der Vormundschaft Bd. III. S. 184. leugnet; l. 55. D. 24. 3. — l. 25. §. 4. D. eod. — l. 69. D. 36. 1.

**) Nach dieser Auffassung dürfte auch die Frage: ob das Retentionsrecht eines Spediteurs sich auf alle aus Speditions-Geschäften herrührende

Retentionsfälle aufgefunden werden können, welche nicht unter diese Kategorien passen, so müßten sie als Ausnahmsfälle behandelt werden.

Zu d) Obgleich Manche das Retentionsrecht blos Darlehnsforderungen zu statten kommen lassen wollen, so statuiren doch die Meisten dessen Zulässigkeit für jede gültige Forderung; s. Mühlenbruch Lehrb. der Pand. §. 320.

Zu e) Für Leistungen, welche nicht in Geld, sondern in Handlungen bestanden, ist das Retentionsrecht dem Anwalt an Manualakten übergebenen Urkunden gestattet in l. 25 und 26. D. 3. 8. Andere Fälle enthält l. 53. §. 4. D. 47. 2. — §. 33. 34. J. 2. 1. — c. 1. in f. X. 1. 41. — l. 30. D. 3. 3. l. 7. D. 17. 1. auch die Glosse zu l. 26. §. 1. D. 12. 6. Daß der Schriftsteller an seinem Manuscript ein Retentionsrecht bis zu bezahltem Honorar habe, läßt sich im Allgemeinen nicht behaupten, indem hier Alles vom Inhalt des Vertrags abhängt. Eben so verhält es sich beim Künstler, Handwerker 2c., s. Schenck a. a. O. §. 58. Selbst das vorerwähnte Retentionsrecht des Anwalts setzt eine gewisse Forderung voraus, weshalb dasselbe in dem Fall nicht gestattet wurde, wo die Partei einen Regreßanspruch an den Anwalt behauptete; s. Leyser Med. Sp. 175. Med. 3.

Forderungen erstrecke, mithin auch wegen Forderungen, welche aus früheren mit dem Retentionsobject nicht connexen Speditionsgeschäften entstanden sind, stattfinde, zu Gunsten des Spediteurs entschieden werden können. Man pflegt dafür wohl sogar auf ein allgemeines deutsches Handelsrecht sich zu berufen, allein ein solches ist, obgleich diese Ausdehnung häufig auf größeren Handelsplätzen vorkommt, welche z. B. in der Wechselordn. f. Gallizien Art. 33. sogar gesetzlich anerkannt ist (Meißner Codex der Europäischen Wechselrechte Bd. II. S. 519.), schwer zu erweisen, indem sie sich z. B. im Preußischen Recht und in Leipzig nicht findet; s. Siegel Corp. jur. camb. T. II. pag. 165. Püttmann Anmerk. zur Leipziger W. O. S. 79. no. 3. und auch Präjudicate dagegen aufgeführt werden können, s. G. L. Böhmers Rechtsfälle Thl. III. no. 244., weshalb in einem Erkenntniß des O.-A.-G. in Lübeck angenommen wurde, daß solche Ausdehnung durch Gewohnheit oder Observanz für einen bestimmten Handelsplatz besonders bewiesen werden müßte. Aus den römischen Gesetzen führt für obigen Satz der citirte Lenz folgende Gesetzstellen an: l. 16. §. 1. D. 35. 2. — l. 21. D. 36. 1. — l. 1. pr. D. 20. 1. vgl. l. 7. §. 5. D. 27. 9. — l. 16. pr. D. 13. 7. — l. un. C. 2. 48. — l. 26. §. 4. D. 12. 6. — l. un. C. 8. 27. vgl. Lenz a. a. O. S. 397. [Vgl. Allgem. deutsch. Hand.-Ges.-B. Art. 313.–316.]

Da die unter den Kategorien 1. und 3. bezeichneten Retentionsfälle außer Zweifel liegen, so übergehen wir die dorthin einschlagenden Gesetzstellen, und verweisen auf deren vollständige Aufzählung in Schenck's Lehre v. Retentionsrecht. S. 181. 2c.

Zu f) Gegen den Hauskäufer kann der vom Verkäufer angenommene Miethsmann nur dann wegen Impensen das Retentionsrecht geltend machen, wenn diese erst nach der in der Person des Eigenthümers vorgegangenen Veränderung gemacht worden sind, nicht aber wegen früherer, denn hatten sie früher stattgefunden, so erwirbt der Singularsuccessor die Sache in dem verbesserten Zustande, und folglich ist nicht er, sondern der frühere Eigenthümer zur Vergütung des Aufwandes verbunden, s. Luden Retentionsrecht S. 200.

Zu B) Hinsichtlich des Besitzes genügt zur Ausübung des Retentionsrechtes das bloße factum possessionis, nämlich eines Besitzes, welcher der fortdauernden eigenen Einwirkung sicher ist, und jede fremde Einwirkung auf die Sache unmöglich macht. Die naturalis possessio ist daher allein wesentlich für das Retentionsrecht. Nur dem Retentionsgegner gegenüber darf der Besitz nicht malae fidei und nicht vitios seyn; l. 25. D. 20. 1. — l. ult. §. ult. C. 4. 31. — §. 30 bis 34. J. 2. 1. — l. 48. D. 6. 1. — l. 7. §. 12. D. 41. 1. — l. 1. §. 5. u. 9. D. 43. 17. — l. 1. §. 3. D. 43. 24. — obwohl auch dieses von manchen Rechtslehrern, bezüglich l. 9. C. 9. 49. — gar nicht, oder wenigstens nicht ohne Ausnahme, bezüglich l. 38. D. 5. 3. — l. 5. C. 3. 32. — l. 16. C. 5. 71. — angenommen wird; s. Glück Comment. Thl. 27. S. 186. Not. 90. — Dagegen Schenck a. a. O. S. 88. §. 23. Luden a. a. O. §. 13. erfordert possessionem ad Interdicta. [Groskopff a. a. O. 86. ff. bemerkt: „Unhaltbar erscheint die Lehre, daß die Detention keine unrechtmäßige seyn dürfe. Gerade in den Hauptfällen des Ret.-R., denen der Impensen, wird vielmehr ausdrücklich gesagt, daß es auch dem mal. fid. possessor zustehe, nämlich der rei vindicatio und den dieser gleichzustellenden Klagen gegenüber wegen nothwendiger Impensen, der hereditatis petitio gegenüber auch wegen nützlicher. In persönlichen Rechtsverhältnissen wird von mal. fid. possessio (oder detentio) seltener die Rede seyn. Wo es der Fall, wird es auf die Umstände ankommen, wie weit der mal. fid. possessor auf Erstattung seiner Impensen ein Recht hat. Der Dieb hat es nie, dem negotiorum gestor dagegen, auch wenn er mala fide sich in die fremden Geschäfte einmischt, ist der Ersatz und also auch die Retention nicht zu versagen, soweit der Eigenthümer durch sie bereichert wird, l. 6. §. 3. D. 3. 5. l. 5. Cod. 3. 32. Wenn in dem Falle von Seuffert's Archiv V. No. 105. der Buchhalter die Bücher mit sich nach Hause nimmt, um wegen seines rückständigen Lohns ein Retentionsrecht daran auszuüben, so findet das Letztere deshalb nicht statt, weil seine etwaigen Verwendungen nicht gemacht waren, während

er die Bücher besaß, sein späteres Wegtragen derselben aber einen dolus befaßte."]

Die bestrittene Frage, ob auch quasi possessio ein Retentionsrecht gewähren oder ob dieses an unkörperlichen Dingen stattfinden könne, s. Glück Comment. Thl. 15. S. 119., muß, da kein Gesetz es verbietet, aus der Natur der Sache entschieden werden, und da die Frage wohl nur bei Servituten wird vorkommen können, so wird hier zu unterscheiden seyn, ob an der Servitut eine certa et continua possessio möglich ist oder nicht, und nur wo diese gefunden wird, nämlich wo der usus, qui pro possessione est, — so befestigt ist, daß jede fremde Einwirkung dadurch ausgeschlossen ist, wird auch das Retentionsrecht Platz greifen, z. B. bei Servituten, welche mit einer zur Ausübung nöthigen Vorrichtung verknüpft sind, wozu auch noch der Schutz gewisser Interdicte kommt; l. 3. §. 17. D. 43. 16. Der Detentor darf indeß, weil er nur durch die exc. doli zur Retention berechtigt ist, nicht selbst in dolo, nicht auf unredliche Weise in den Besitz gelangt seyn; l. 1. §. 9. D. 43. 17. vgl. l. 139. §. 1. D. 50. 17. — l. 1. C. 8. 4; Schenck a. a. O. 90. 2c.; Lenz a. a. O. S. 385.

Zu 3) In Ansehung der zur Retention geeigneten Gegenstände ist zu bemerken:

1) Was besessen werden kann, kann auch retinirt werden. Ausgeschlossen sind daher nur: der Mensch als freies Wesen, res publicae et communes, sacrae et religiosae, Gegenstande, welche den Bürgern zu besitzen verboten sind, und solche Gegenstände, deren Rückhaltung dem öffentlichen Wohl widerstrebt, z. B. Waffen der Soldaten, die dem Geistlichen zur Ausübung seines Amts nöthigen Bücher, acta publica. — Mehrere Fälle s. in l. 4. §. 1. D. 10. 2. — l. 49. §. 2. D. de legat. II. — l. 62. D. 41. 1. — l. 3. in f. D. 50. 5. — Tit. Cod. 4. 40. u. 41. Schenck a. a. O. § 32. S. 112.
2) Fungible und selbst verzehrbare Dinge sind vom Retentionsrecht nicht ausgeschlossen, l. un. C. 8. 27. — vgl. mit l. 9. §. 1. D. 20. 1. und l. 1. §. 2. D. 20. 3. — auch nicht Lehen und Kirchengüter, arg. c. 1. in f. X. de in integr. rest. (1. 41.) oder auch universitates juris s. facti; — s. Schenck a. a. O. S. 99.
3) Es wird übrigens nicht gerade eine dem Gegner eigenthümliche, sondern nur res alteri debita vorausgesetzt, um das Retentionsrecht ausüben zu können. Mehrere behaupten sogar, die Sache könne dem Retinenten selbst eigenthümlich seyn, wie z. B.

bei dem Retentionsrecht des Verkäufers wegen Impensen auf die verkaufte, bis zur Tradition noch nicht in das Eigenthum des Käufers übergegangene Sache, — oder wenn der Eigenthümer einer zum Nießbrauch dienenden Sache diese so lange retinirt, bis ihm die cautio usufructuaria geleistet ist; l. 13. pr. D. 7. 1. — Ein anderes Beispiel der Retention an der eigenen Sache schöpft man aus l. 26. §. 4. D. 12. 6; vergl. Schenck a. a. O. S. 100. Allein die für diese Meinung angeführten Belege entsprechen wohl doch nicht dem eigentlichen Begriff der Retention, wie Luden a. a. O. §. 16. und Lenz a. a. O. S. 386. mit Beziehung auf Sintenis treffend bemerkt. Jene Fälle enthalten nämlich eine Verweigerung der Tradition einer dem Andern zu übergebenden Sache, die Retention hat es aber eigentlich nur mit einer zu restituirenden Sache zu thun, welche nothwendigerweise eine einem Andern gehörige Sache seyn muß. Ebenso Groskopff a. a. O. S. 99.

Die der Retention unterworfene Sache kann auch Eigenthum eines Andern, als des Retentionsgegners seyn, wie z. B. bei dem Afterpfand- und Aftermiethsverhältniß der Fall ist. Immer aber wird vorausgesetzt, daß der Retentionsgegner Rechte auf Herausgabe der Sache habe, und daß der Dritte wegen eines besondern Verhältnisses zum wahren Schuldner die Restitution der Sache nicht verlangen könne, wie z. B. im Fall weiterer Verpfändung des Gläubigers. Dagegen kann z. B. das Retentionsrecht ex lege un. C. 8. 27., welches dem Pfandgläubiger wegen einer außerdem noch habenden Chirographarforderung zusteht, nur gegen den Schuldner und dessen Erben, nicht aber gegen einen nachfolgenden Pfandgläubiger ausgeübt werden; l. un. C. 8. 27. Glück Comment. Th. XV. S. 131.

4) Die Sache eines Dritten kann, den Fall abgerechnet, wo ein Nichteigenthümer eine Sache von dem Besitzer durch eine in rem actio fordern darf, vgl. Luden a. a. O. S. 80. wohl nicht Gegenstand des Retentionsrechts seyn, wird aber mein Schuldner in der Folge Eigenthümer derselben, so kann ich allerdings sie gegen ihn retiniren, nicht nur von der Zeit an, wo er das Eigenthum erlangt hat, sondern auch schon von der Zeit an wo er Rechte daran erworben hatte, wo es eine res ei debita war, cf. l. 143. D. de V. S. — l. 1. pr. D. 20. 1. — Schenck a. a. O. S. 107. §. 39.

5) Die Frage: ob, wenn der Gläubiger mehrere von inander

trennbare Sachen in Besitz hat, deren einige schon so viel werth sind, als seine Forderung beträgt, derselbe zur Herausgabe der übrigen angehalten werden könne, ist controvers, kann nur aus Billigkeitsgründen bejahet, muß aber nach der Natur des Retentionsrechts und nach der Analogie des Pfandrechts verneint werden, l. 19. D. 20. 1. — auch setzen die Gesetze da, wo sich ihnen eine besondere Veranlassung dazu geboten hatte, nirgends dem Retentionsrecht eine solche Beschränkung auf den gleichen Betrag der res und der Forderung; l. 21. D. 36. 1. — l. un. C. 8. 27. l. 17. l. 50. §. 1. D. 5. 3.*) —

6) Die Frage: ob das Retentionsrecht auch auf die dem Schuldner zum Geschäft und Lebensunterhalt unentbehrlichen Gegenstände erstreckt werden könne? wird zwar von manchen Rechtslehrern verneint, indem sie sich auf Gesetze beziehen, welche einer analogen Anwendung fähig scheinen, namentlich l. 8. in f. D. 34. 1. l. 3. C. 4. 31. — l. 6. l. 7. D. 20. 1. — l. 5. pr. D. 5. 3. — l. 4. C. 7. 53. — l. 40. D. 42. 1. — l. 5. C. 8. 17. — l. 173. D. 50. 17. — Lauterbach Diss. de retent. §. 24. no. 1. Richter Diss. de jure retent. I. th. XV. etc. Die meisten der allegirten Gesetze sind aber solche, welche dem Richter bei der Execution gewisse Schranken vorzeichnen, oder auch solche, welche den präsumtiven Willen der Contrahenten bei der allgemeinen Vermögensverpfändung dahin annehmen, daß darunter die zum Lebensunterhalt erforderlichen Gegenstände nicht verstanden werden können. Allein dagegen wird erinnert: daß die Gesetze dem Richter Schonung bei der Execution anempfehlen, begründe keinen Schluß auf den Umfang der Rechte der Privaten in ihrem außergerichtlichen Rechtsverkehr, oder auf irgend ein jus quaesitum. Daß aber eine Analogie aus dem, bei Verpfändungen angenommenen präsumtiven Willensinhalt auf ein Rechtsverhältniß, welches ohne allen Willen des Andern, vielmehr invito altero entsteht, nicht Platz greifen könne, leuchtet wohl von selbst ein; s. Schenck a. a. O. §. 32. S. 111.

7) Ob das Retentionsrecht an einer fremden Sache, welche uns Schaden zugefügt hat, auch dann stattfinde, wenn dabei dem Eigenthümer kein Versehen zur Last fällt? ist bestritten. Die Glosse zu l. 9. §. 1. D. 39. 2., welcher auch Struve Syntagma

---

*) Ueber den Fall, wenn mehrere Objecte zusammen verkauft, aber nur einzelne derselben mit Eviction bedroht sind, s. Bd. III. von Gewährleistung.

jur. civ. Ex. 39. th. 26. in f. und Bynkershoek Obs. jur. Rom. Lib. IV. obs. 9. folgen, statuirt zwar, daß das Retentionsrecht wegen des erlittenen Schadens (denn rücksichtlich des durch die Hinwegschaffung zu besorgenden Schadens ist die Cautionsverbindlichkeit und also auch das Retentionsrecht ohnedies zweifellos) nur dann stattfinde, wenn der mir durch die fremde Sache zugefügte Schaden mit einer Schuld ihres Eigenthümers verbunden war, allein die hier entscheidenden Gesetzesstellen, l. 5. §. 4. D. 10. 4. — l. 9. §. 3. — l. 7. §. 2. D. 39. 2. — l. 8. D. 47. 9. — machen diese Einschränkung nicht, und sprechen vielmehr von einem rein zufälligen Schaden, daher auch für diesen Retention stattfinden muß, s. Heise und Cropp jurist. Abhandl. Bd. I. S. 415. — Donellus Comment. jur. civ. Lib. XV. C. 46. v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilr. Bd. 2. §. 265., vergl. die Note 23. zu l. 9. D. 39. 2. in der deutschen Uebersetzung des corpus juris civ. von Dr. Otto ꝛc. Unbestimmt läßt die Frage Glück Comment. Th. XV. S. 129. no. 4.

Zu 4) Collidirt das Retentionsrecht mit Jemandem, welcher dingliche Rechte an der res retinenda hat, so muß es ohne Zweifel zurücktreten, weil es kein jus in re ist, daher auch nicht, wie Leyser Sp. 236. Med. 8. dafür hält, darauf etwas ankommen kann, daß etwa das in Betracht kommende Retentionsrecht älter ist, als jenes dingliche Recht. Die Gründe sind umfänglich ausgeführt von Schenck a. a. O. §. 78. u. 79; Boehmer Diss. de retentione §. 20. ꝛc. Auch dürfte die Frage, ob der Retinent nicht wegen Impensen, dem Vindicanten und Pfandgläubiger gegenüber, das Retentionsrecht behaupten könne? — wohl nicht mit Weber in den Versuchen ꝛc. S. 195. schlechthin, sondern nur für den Fall zu bejahen seyn, wenn die Impensen erst später gemacht worden sind, als jene ihr dingliches Recht an der Sache erworben haben; s. Schenck a. a. O. §. 79.

Zu 5) Das Retentionsrecht ist, neben seinen Vortheilen, auch nicht frei von lästigen Folgen. Während der Retentor keinen Anspruch auf Benützung der Sache hat,*) muß er nicht nur omnem

*) Wenn Manche einen solchen aus l. 58. §. 3. D. 36. 1. — l. 77. pr. D. de leg. II. (31.) — l. 16. D. 34. 3. begründen wollten, so wurde übersehen, daß diese Gesetze von Fällen reden, wo die Benutzung nicht als Ausfluß des Retentionsrechts, sondern aus andern Rechtsfundamenten (durch Erbschaft oder Legat angefallenen Eigenthumsbefugnissen) hervorging. Sie kann daher nur beim j. ret. voluntarium vorkommen, s. Schenck a. a. O. S. 155. u. 275.

culpam, sondern auch den Zufall, wenn er ihn durch gehörige Sorgfalt abwenden konnte, l. 30. D. 13. 7. und auch custodiam prästiren. Er kann in letzterer Hinsicht auch zur Verwaltung verpflichtet seyn, in so ferne die custodia rei (d. i. die Sorge dafür, daß die Sache nicht nur nicht entkomme, sondern auch vor dem Untergang und der Deterioration gesichert bleibe) auch solche Leistungen erfordern kann, ohne welche die Sache an ihrem ursprünglichen Werth verlieren oder gar zu Grunde gehen würde; Glück Comment. Th. IX. S. 252. ꝛc. Th. IV. S. 232. not. 26. Er muß in dessen Folge alles Nöthige mit der Sache vornehmen, z. B. von ihr fallende Früchte erziehen, abnehmen und verwahren, die zur Erhaltung nöthigen Impensen auf sie machen, die Thiere ernähren, und kann, während er die Retention blos zum eigenen Vortheil wider Willen des Andern ausübt, abgesehen von solchen Fällen, wo er als negotiorum gestor handelt, höchstens impensas necessarias vergütet verlangen, s. Schenck a. a. O. §. 76. Ist die Sache eine sich verzehrende, welche sich custodiendo nicht erhalten läßt, so hat er sie nach l. 5. §. 22. D. 36. 4. — l. 27. D. 42. 5. zu verkaufen, mithin auch Rechenschaft abzulegen. Ob er zum Verkauf nicht doch obrigkeitliche Autorität zu Hülfe nehmen müsse, ist in praxi gleichwohl nicht ganz außer Zweifel; s. Schweppe röm. Privatr. §. 183. d.

Zu 6) Betrachten wir das Retentionsrecht des Pfandgläubigers im Besondern, nach der ihm durch die l. un. C. 8. 27. beigelegten Eigenthümlichkeit, daß der Pfandgläubiger auch nach bezahlter Pfandschuld das Pfand gleichwohl so lange nicht zurückzugeben gehalten ist, als er nicht auch wegen einer ihm gegen denselben Schuldner zustehenden Chirographarforderung befriedigt ist, — so dürfen wir auch da die früher erhobene Meinung, welche dasselbe nur auf Darlehnsforderungen beschränken wollte, als verworfen betrachten, s. v. Vangerow Pand. Bd. I. S. 985. der 6. Aufl. §. 382. no. 3; Schenck a. a. O. S. 255; Lenz a. a. O. S. 398.

In Ansehung der Frage: ob das Retentionsrecht des Pfandgläubigers nur auf das Conventionalpfandrecht, wie v. Quistorp in den rechtl. Bemerk. Thl. II. S. 33; Seuffert im Lehrb. d. prakt. Pandectenr. §. 210. u. a., oder wohl nur auf Faustpfänder, wie Mackeldey Lehrb. d. röm. Rechts §. 316. u. W. H. Puchta über die ger. Klagen S. 339. §. 122. (s. jedoch dagegen G. F. Puchta Pandecten §. 204. not. c.) behaupten, zu beschränken sey, scheint die verneinende Meinung die richtige zu seyn. Dem Geiste der l. un. C. 8. 27. nach muß man es jedem Pfandgläubiger ein-

räumen, der in den Besitz der verpfändeten Sache gekommen ist; v. Vangerow Pandecten Bd. I. S. 985. §. 382; Schilling Lehrb. f. Instit. rc. Bd. II. S. 718. not. 1; Fritz zu Wening S. 491; Sintenis Pfandrecht S. 243. Die Worte: si in possessione fueris constitutus deuten auf ein Princip, welches davon, ob das Pfandrecht durch Vertrag oder Gesetz entstanden ist, ganz unabhängig ist; die Meinung des Gesetzes ist, wie Gesterding in der Lehre vom Pfandrecht S. 134. bemerkt: „wer einmal im Besitz ist, hat nicht nöthig, den Besitz abzutreten, wenn auch die Pfandschuld getilgt ist, sobald er noch außerdem etwas zu fordern hat." Man muß demnach dieses Recht auch wohl einem Hypothekgläubiger einräumen, welcher auf fehlerfreie Weise in den Besitz gelangt ist; s. Lenz a. a. O. S. 398.

a) Eine eigene Frage über die Anwendbarkeit der l. un. C. 8. 27. entsteht in dem Fall, wenn nicht der Schuldner und Verpfänder einerlei Person ist, sondern ein Dritter für eine fremde Schuld ein Pfand bestellt hat, und zufällig auch Schuldner jenes Pfandgläubigers ist. — Darf der Pfandgläubiger gegen denjenigen, welcher seine Sache ihm für die Schuld eines Dritten verpfändet hat, hinsichtlich derjenigen Forderungen, die der Gläubiger etwa zufällig auch gegen den Verpfänder hat, das jus retentionis am Pfande ausüben? Fritz zu Wening-Ingenheim H. II. S. 494; Sintenis Pfandr. S. 243. not. 2. bejahen diese Frage. Allein gegen die Ausdehnung eines solchen jus singulare erklären sich wohl mit Recht Schenck a. a. O. S. 260; v. Vangerow Pand. Bd. I. S. 986. not. 3.

b) Aus gleichem Grund muß dem Pfandgläubiger das Retentionsrecht wegen solcher Forderungen abgesprochen werden, welche er durch Cession erlangt hat. Wo der Pfandgläubiger ohne Zutritt des Schuldners seine Forderung mehrt, tritt der Grund des Gesetzes nicht ein, und wenn er die cedirte Schuld erst später erwarb, wäre die exc. doli wohl eher gegen den Gläubiger als gegen den Schuldner denkbar; Lauterbach D. de retent. §. 18. Schenck a. a. O. S. 961; Glück Comment. Th. XVI. S. 408. v. Vangerow Pand. S. 986.

c) Ob der secundus creditor nach ausgeübtem jus offerendi nunmehr das Retentionsrecht auch wegen seiner eigenen chirographarischen Forderungen ausüben könne? Diese Frage ist gegen Mühlenbruch Lehre v. d. Cession S. 575. unbedenklich zu bejahen. Mühlenbruch versteht die l. un. C. 8. 27. so, als

sey dem secundus creditor, welcher durch das jus offerendi in die Stelle des ersten eingetreten ist, das Retentionsrecht wegen seiner chirographarischen Forderung abgesprochen. Man darf aber wohl mit v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 382. no. 2; Schenck a.a.O. S. 261; Glück Comment. Th. XIX. S. 367. no. 5. und Luden Retentionsrecht S. 196, diese Meinung für ein Mißverständniß erklären. Die l. un. C. sagt nämlich zuvörderst: wenn dir dein Pfandschuldner nur die Pfandschuld bezahlen will, während du noch eine einfache Schuldforderung an ihn hast, so brauchst du seiner Zurückforderung des Pfandes kein Gehör zu geben, so lange er dir nicht auch die letztere bezahlte. Dann folgen die Worte: quod in secundo creditore locum non habet, nec enim necessitas ei imponitur, chirographarium etiam debitum priori creditori offerre. Damit ist aber nicht dem zweiten Creditor das Retentionsrecht abgesprochen, sondern nur gesagt, daß derselbe bei Ausübung des jus offerendi das Retentionsrecht des ersten Creditors nicht zu berücksichtigen habe; denn das von ihm gebrauchte jus offerendi verpflichtet ihn nicht, auch zugleich die chirographarische Forderung des ersten Gläubigers auszulösen.

d) Die Beantwortung der Frage: ob das Retentionsrecht des Gläubigers nicht blos für seine chirographarische, sondern auch für eine andere, zwar durch das Unterpfand, aber nicht hinlänglich gedeckte Forderung ausgeübt werden könne? scheint am natürlichsten dahin zu gehen: ist nach Versilberung des Pfandes ein von ihm nicht gedeckter Theil der Forderung übrig geblieben, so ist dieser Rest bereits zur chirographarischen Forderung geworden; ist dies aber blos als künftiger Erfolg zu vermuthen, so kann das Gesetz auch nicht angewendet werden auf einen Fall, welcher zur Zeit nicht existirt; s. Schenck a. a. O. S. 263. — Ueber die Grenze der l. un. C. geht Schotten in Diss. de jure retent. §. 9. no. 3. hinaus, wenn er unser Retentionsrecht auch wegen eines debiti non chirographarii stattfinden läßt, und eben so bedenklich scheint die Meinung von Sintenis im Pfandr. S. 243, daß dasselbe schon dann stattfinde, wenn der Minderwerth des für die andere Forderung bestellten Pfandes erkennbar sey.

Zu 7) Das jus retent. legale erzeugt nur eine dilatorische Exception, welche daher nach der Eventualmaxime des Processes zugleich

mit der Litiscontestation anzubringen ist. [Vergl. oben zu Ziff. 1. a. E. u. Sintenis Civilr. II. S. 171. Anm. 79.] Die meisten Rechtslehrer lassen zwar auch remedia retinendae et recuperandae possessionis oder wenigstens die Ersteren zu; s. Luden a. a. O. §. 29., was aber zweifelhaft ist, weil diese nur dem juristischen Besitzer gegeben sind, nicht dem Detentor und possessor naturalis; s. Schenck a. a. O. §. 81. Beim Retentionsrecht an unkörperlichen Dingen, oder der quasi-possessio ist indessen der Gebrauch der Interdicte ausdrücklich gestattet; l. 3. §. 17. D. 43. 16. — Gegen Dritte finden natürlich die interd. retin. et recuper. poss. statt, denn dem Dritten gegenüber kann ja nur von Besitzvertheidigung, nicht von Retention die Rede seyn.

Die Frage: ob gegen den Verlust des Retentionsrechts restitutio in integrum verlangt werden könne? wird blos in den Fällen von praktischem Interesse seyn, wo es sich um eine natürliche und nicht klagbare Verbindlichkeit handelt; denn für eine klagbare und allenfalls auch durch Arrestschlag zu sichernde Forderung wäre die Nachsuchung der Restitution gegen eine verlorene Retention ein nicht empfehlungswerther Umweg, und (die rest. minorum ausgenommen) schon deswegen nicht zulässig, weil das Vorhandenseyn ordentlicher Rechtsmittel das remedium extraordinarium restitutionis ausschließt. Wo aber die Restitution wirklich praktisch ist, und ihr der eben bemerkte Grund nicht entgegensteht, muß sie auch zulässig seyn, weil die Restitution nur bei den von den Gesetzen ausdrücklich bezeichneten Geschäften, wozu aber das Retentionsrecht nicht gehört, ausgeschlossen werden kann, außerdem aber ceteris paribus bei allen Rechtsverhältnissen Platz greift; Glück Comment. Th. V. S. 442. u. 453. ꝛc.; Schenck a. a. O. S. 307. ꝛc.

Zu 8) Das Retentionsrecht erlischt durch Hinwegfallen der Forderung, oder auch des Rechtsgrundes zur Retention und durch den Verlust der zu retinirenden Sache. Ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea, si solverimus, repetere non possumus; l. 51. D. 12. 6. Doch ist dadurch nicht gesagt, daß, wenn ich die weggegebene Sache in der Folge wieder bekomme, ich daran nicht von Neuem ein Retentionsrecht ex eadem causa ausüben könne. Neque enim videri poterit creditor eo tempore abjecisse juris communis auxilium, sibi aliquando competiturum pro debito. Faber in Cod. 8. 15. Def. 3. So auch, wenn eine vernichtete Forderung durch restitutio in integrum wieder auflebt, und sich die res connexa noch in den Händen des Gläubigers befindet, wird das frühere Retentionsrecht wieder aufleben; s. Schenck a. a. O. S. 357.

Die Frage: ob das ad tempus verwilligte jus retent. voluntarium allemal mit dem Zeitablauf aufhöre? ist wohl unbedingt zu bejahen; s. Schenck a. a. O. S. 334. ꝛc. Denn, wenn gleich Hellfeld in Jurispr. for. §. 1105. die Erlöschung nur dann gelten lassen will, wenn der Retentionsgegner ein extraneus, und nicht der Schuldner selbst ist, welcher durch den Verzug keinen Vortheil erlangen darf, quia mora perpetuat obligationem, so scheint doch die Ansicht richtiger, daß hier der Verlust des Retentionsrechts nicht durch die mora debitoris, sondern durch das pactum erzeugt werde, et pacta sunt servanda.

Ob der Retinent verbunden sey, sein Retentionsrecht aufzugeben, wenn ihm Caution bestellt wird? wird von Vielen bejaht, besonders bei Illiquidität der Forderung; Glück Comment. Th. XV. S. 124. und Not. 46. cf. l. 85. §. 2. D. 50. 17. — l. 5. pr. D. 40. 7. — l. ult. C. 4. 31. — Andere verneinen es, z. B. Hommel Rhaps. Obs. 200., welcher jedoch den Fall in l. 24. C. 8. 45. von seiner verneinenden Regel ausnimmt. Unbedingt verneint Schenck a. a. O. S. 340., welcher die l. 24. C. 8. 45. nicht für eine Ausnahme erkennt, sondern für eine eigenthümliche Folge der Rechte des Kaufvertrags. Wer zahlen soll, kann regelmäßig mit der Offerte der satisdatio nicht ausreichen, er kann daher auch nur durch Zahlung die retentio beseitigen; s. übrigens Bd. III. in der Lehre von der Eviction.

Darüber, ob das Retentionsrecht durch Mißbrauch der res retenta verloren werde, divergiren die Meinungen eben so wie darüber, ob das Pfandrecht durch Mißbrauch verloren gehe; s. Glück Th. XIX. S. 441; Thibaut, Pand. 8. Ausg. §. 817. Diejenigen, welche die Frage verneinen, (indem sie außer den im Gesetz speciell bezeichneten Fällen den Verlust des Rechts nicht als Folge des Mißbrauchs erkennen, und insonderheit auch in der Materie des Besitzes in den Gesetzen nirgend ausgesprochen finden, daß derselbe durch Mißbrauch verwirkt werde; s. Schenck a. a. O. §. 91.) müssen wenigstens einräumen, daß im processualischen Weg Sicherungsmittel, wie z. B. Sequester ꝛc., auszuwirken seyen, womit das factum retentionis nicht fortbestehen kann, salvo quidem jure. — Nam malitiis hominum non indulgendum est, l. 38. D. 6. 1. — l. 9. D. 25. 1. — Demnach wird der Retentionsgegner sicherer gehen, wenn er in solchem Fall sein Gesuch alternativ stellt.

In Ansehung der Frage: ob Concurseröffnung das Retentionsrecht aufhebe, ist zu bemerken: das einfache oder persönliche Retentionsrecht kann im Concurse wohl nicht, wie von Einigen z. B. Boehmer Diss. de retent. §. 19. u. 20, Faselius Versuch einer system.

Darstellung der Lehre vom Retentionsrecht §. 29. und Mackeldey im Lehrb. d. h. R. R. Bd. II. §. 772. (Ed. IX.) behauptet wird, geltend gemacht werden. Darüber wird kaum mehr gezweifelt werden. [Groskopff a. a. O. S. 94 ff. sagt dagegen mit Recht: „Ist nun das Ret.=R. weder ein persönliches, noch ein dingliches Rechtsverhältniß, beruht es vielmehr auf der bloßen Detention einer Sache, mit der Befugniß, diese Detention gegen jeden durch Einrede zu vertheidigen, so lange man faktisch das Seinige in der Sache stecken hat, so ist nicht einzusehen, wie den Concursgläubigern des Eigenthümers der Sache das Recht zustehen könne, diese dem Retinenten abzufordern, ohne ihm dabei das Seinige herauszukehren. Der Retinirende soll das, was er faktisch als das Seinige besitzt, behalten, bis ihm das Aequivalent so weit dafür wird, daß der Andere sich nicht unbillig auf seine Kosten bereichert." Dieser Ansicht tritt Sintenis Civilr. II. S. 172. Anm. 81. a. f. bei.]

Dagegen in Ansehung des auf einem dinglichen Recht beruhenden Retentionsrecht des Faustpfandgläubigers stößt man auf einen dreifachen Widerstreit der Meinungen.

Einige sprechen es ihm unbedingt zu, so lange er nicht befriedigt wird; s. Mevii Dec. P. III. Dec. 255. P. V. Dec. 212. P. VIII. Dec. 159. 160; Boehmer Diss. de jure retent. §. 19; Happel Rechte der Faustpfänder im Concurs Abschn. III.; Gans in dessen Zeitschr. f. Civil= und Criminalrechtspflege Bd. I. H. 4. no. 28. Walch Controv. jur. civ. pag. 789. §. 3. Ed. III.; Cramer Obs. jur. univ. T. I. Obs. 336., welcher die Praxis des ehemaligen Reichskammergerichts aus früheren, sowie Oetker im kritisch. Archiv Bd. V. S. 180. aus neuerer Zeit dafür constatirt.

Andere sprechen es ihm unbedingt ab; z. B. Glück Comment. Th. XV. S. 132; Dabelow vom Concurs der Gläubiger S. 682; v. Gönner im Handb. d. Proc. Bd. IV. no. 82. §. 10; Gensler im civilist. Archiv Bd. II. S. 347. zc.; Schenck v. Retentionsrecht S. 346; Bayer Theorie des Concursproc. S. 263., was im sächsischen Recht gesetzlich angenommen ist. (Ord. Proc. Rec. ad tit. XLI. §. 2; Gottschalk Disc. for. T. II. pag. 249; Goetz Entscheidungen der juridischen Facultät in Altdorf, Nr. 1.

Die dritte und wohl die richtigste Meinung ist die: der Masse selbst gegenüber steht dem Faustpfandgläubiger das Retentionsrecht eben so zu, wie dem Debitor gegenüber. Nur etwa vorhandene bessere Pfandgläubiger, — nicht der Massacurator — können ihm das Pfand abfordern. Sind daher blos Chirographargläubiger außer ihm vor=

handen, so können diese, so wenig dem Pfandgläubiger rei vindicatio utilis verweigert werden kann, eben so wenig dem Faustpfandgläubiger den von ihm erlangten Besitz entziehen, und daher auch gewiß nicht ihn zur Einlassung in den Concurs und zur Ablieferung des Pfandes dahin zwingen; s. vorzüglich Zimmermann im Archiv f. prakt. Rechtsw. von Elvers ꝛc. Bd. II. H. 1. S. 50. und dessen Vorgänger: Trütschler Lehre v. d. Präclusion der Gläubiger S. 30; Schweppe System des Concurses §. 42; Hagemann prakt. Erörter. Bd. VII. S. 108; Pfeiffer prakt. Ausführung Bd. II. S. 168; Spangenberg in Linde's Zeitschr. Bd. V. S. 196; Braun zu Thibaut S. 853; Kapff merkw. Rechtssprüche der höchsten und höheren Gerichtshöfe in Würtemberg Bd. I. S. 246; v. Vangerow Pand. Bd. I. S. 986. §. 382. no. 4; Sintenis Pfandr. S. 244.

---

§. 11.

5. Von Concurrenz und Collision der Rechte.

1) Was versteht man unter Concurrenz der Rechte und auf welcherlei Art läßt sie sich denken?

2) Wie weit geht die Dispositionsbefugniß bei einer communio pro indiviso? Ist der Einzelne der Stimmenmehrheit unterworfen? findet ein Zuwachsrecht unter den Genossen Statt?

3) Wenn bei einer solidarischen Gemeinschaft der Gegenstand so beschaffen ist, daß der Nutzen nicht gleich unter die Mehreren getheilt und auch durch Alterniren des Genusses nicht geholfen werden kann, was ist dann Rechtens unter den solidarischen Theilhabern?

4) Wenn einer unter Mehrere getheilten Sache untheilbare Rechte oder Verbindlichkeiten anhangen, kann der Einzelne für seinen Theil darüber Dispositionen treffen?

5) Was ist Rechtens, wenn Rechte in Einer Person zusammentreffen, welche ihrer Eigenthümlichkeit wegen oder wegen besonderer Bestimmungen nicht neben einander bestehen können oder dürfen?

6) Was versteht man unter Collision (Conflikt) der Rechte und auf welcherlei Art kann sie vorkommen?

7) Wie hat der Richter
   a) bei der directen,
   b) bei der indirecten
   Collision ganz gleicher Rechte zu entscheiden?

8) Wem stehen bei einer solidarischen Gemeinschaft die Klagen zu?

Zu 1) Wenn Rechte in irgend einer Rücksicht zusammentreffen, welche neben einander bestehen können. Die Concurrenz ist entweder subjectiv, so nämlich, daß mehrere einzelne Personen (also nicht universitas personarum) in der nämlichen Sache oder in dem nämlichen Rechte zusammentreffen, wie dies bei jeder Gemeinschaft der Fall ist, sie bestehe nun pro indiviso, dergestalt, daß der Antheil eines jeden Gliedes nur ideell ist (denn wo partes divisae sind, besteht eigentlich keine Gemeinschaft; l. 19. pr. D. 10. 5.) — oder solidarisch*); oder sie ist objectiv, so nämlich, daß mehrere Rechte oder Sachen in Einer Person zusammen kommen, oder, wie Mühlenbruch Doctrina Pandectarum (ed. IV.) T. I. §. 167. sagt: aut enim duae pluresve personae in eandem rem, idemve jus, aut res atque jura diversi generis in eandem personam concurrunt. — Schwierigkeiten erwachsen aber doch nur aus der subjectiven Concurrenz.

Zu 2) Keiner kann wider Willen und zum Nachtheil der Genossen etwas an der gemeinschaftlichen Sache vornehmen; l. 28. D. 10. 3. — l. 4. C. 8. 10. — l. 13. §. 1. D. 8. 2. — l. 52. §. 13. D. 17. 2. — auch nützen und schaden die vom Einzelnen aufgewendeten Streitkosten den Uebrigen nicht, wenn sie nicht eingewilligt haben; l. 5. §. 6. D. 39. 1. — l. 9. pr. D. 40. 12. — l. un. C. 2. 26. — cf. l. 5. pr. D. 49. 1. — l. 2. C. 3. 40. — l. 2. C. 7. 68. — l. 39. D. 3. 5.

Kein Theilhaber kann mit seiner Disposition in den Antheil der Uebrigen eingreifen; l. 3. C. 4. 52. — nur der Fiscus kann ausnahmsweise mit seinem Antheil zugleich den der Uebrigen verkaufen, l. un. C. 10. 4. — Wenn Handlungen vorkommen, welche nicht blos an dem Antheil jedes Einzelnen vorgenommen werden können, so ist es Grundsatz, daß ohne Rücksicht auf Stimmenmehrheit Einer gegen Alle durchsetzt, was dem Zweck der Genossenschaft gemäß ist, l. 12. D. comm. div. 10. 3. — l. 10. pr. D. 39. 3., und Einer gegen Alle verhindert, was darüber hinausgeht, l. 28. 10. 3. [in re pari potior est causa prohibentis], ausgenommen, wenn die Handlung durchaus unschädlich ist, und der Handelnde die Kosten allein hergeben will, l. 13. §. 1. D. 8. 2., dagegen ein zur Erhaltung des gemeinsamen Rechts oder des Gegenstandes nothwendiger Aufwand nicht durch Unthätigkeit oder Widerspruch Einzelner verhindert werden kann; l. 52. §. 10. D. 17. 2. — l. 32. D. 39. 2. — Das Gegentheil folgt auch nicht aus l. 8. D. 8. 2. Wening-Ingenheim Lehrb. Th. I. §. 70.

*) Cf. l. 5. §. 15. D. 13. 6. Usum balnei vel porticus vel campi uniuscujusque in solidum esse, neque enim minus me uti, quod et alius uteretur.

(107.) — Daß in Rücksicht der einzelnen Antheile kein Zuwachsrecht unter den Genossen stattfinde, argumentirt Schweppe im System des römischen Rechts Bd. I. S. 343. aus l. 110. pr. D. 45. 1. Man muß aber vielmehr mit v. Buchholz in den kritischen Jahrbüchern für deutsche Rechtswissenschaft Jahrg. 1844. S. 145. sagen, daß hier überhaupt von einem Accrescenzrecht die Rede eigentlich nicht sey und nicht seyn könne.

Zu 3) Dann gibt Prävention den Ausschlag, und der Fleißigste verringert den Andern den Nutzen; Thibaut System Bd. I. §. 80. (ed. nov.) Mackeldey Lehrb. Th. I. §. 192.

Zu 4) Nein; l. 34. D. 8. 3.

Zu 5) In diesem Falle hat der Berechtigte Eines derselben zu wählen; l. 12. D. 1. 30.

Zu 6) Collision oder Conflikt findet statt, wenn die Rechte mehrerer Personen dergestalt in Widerstreit mit einander stehen, daß nur das eine oder das andere Recht vollständig ausgeübt werden kann. — Es wird dabei vorausgesetzt, daß die Rechte als solche sich widerstreiten und juristisch nicht zugleich existiren können, was z. B. nicht gesagt werden könnte, wenn sie sich blos de facto beschränken; wie denn auch die Collision wegfällt, wenn eines der collidirenden Rechte im concreten Fall deswegen nicht zur Ausübung kommen kann, weil gerade die Bedingungen desselben nicht gegeben sind. Man unterscheidet zwischen directer und indirecter Collision; direct collidiren die Rechte, wenn sie den Berechtigten gegen einander zustehen; indirect, wenn sie in einem dritten Objecte zusammentreffen, worauf jeder der Berechtigten ein ausschließendes Recht behauptet; s. Thibaut System Bd. I. §. 86. (Ed. noviss.)

Zu 7) Da wir uns hier ganz gleiche Rechte in Collision denken, so rechnen wir diejenigen Fälle nicht hieher, wo durch specielle Gesetze ein Rechtsverhältniß vor dem andern bestimmt begünstigt oder bevorzugt ist, z. B. Freiheit, Heirathsgut, Alimente, Minderjährigkeit, Ehe, Testamente, l. 24. D. 40. 1. — l. 38. D. 42. 1. — l. 20. D. de R. J. 50. 17. — l. 70. D. 23. 3. — c. 24. 25. C. 4. 29. — l. 11. §. 6. D. 4. 4. — oder der onerose vor dem lucrativen Titel rc., l. 12. D. 39. 5. – oder auch, wo es nur darauf ankommt, daß ein schon erlangtes Recht nicht hinterher durch Constituirung eines zweiten von einem Andern verkümmert werden könne, wie bei Pfandrechten, l. 8. C. 8. 18. c. 54. de R. J. in VIto, oder der Concurrenz von Sponsalien, oder den Dotalvorzügen einer ersten und zweiten Ehefrau, Nov. 91. c. 1. u. dergleichen ihrer Natur nach successiven Rechten.

Endlich nehmen wir auch die schon durch eine Interpretationsregel entschiedenen Fälle aus, wo ein besonderes mit einem allgemeinen Recht collidirt. — In toto enim jure generi per speciem derogatur et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est; l. 80. D. 50. 17. — Wenn wir nun bei denjenigen Collisionsfällen stehen bleiben, welchen nicht durch specielle gesetzliche Bestimmungen, Z. B. l. 38. pr. §. 1. D. 42. 1. — l. 7. §. 19. l. 8. 9. 10. D. 2. 14. — l. 58. §. 1. D. 17. 1. — c. 8. C. 7. 71. — fürgesehen ist, so gelten folgende Grundsätze:

A. Bei der directen Collision pflegt man zunächst auf die Regel zu recurriren, daß derjenige, welcher durch Ausübung seines Rechts einen positiven Vermögensverlust von sich abwenden will, demjenigen vorzuziehen ist, der blos einen erlangten Gewinn behaupten will; l. 14. §. 1. in f. D. 11. 7. — c. 22. §. 5. C. 6. 30. — c. 8. §. 2. C. 6. 36. — l. 41. §. 1. D. de R. J. 50. 17.

Sind beide Theile im Gewinn, so entscheidet l. 98. D. de R. J. 50. 17. für das Alter. Quoties utriusque causa lucri ratio vertitur, is praeferendus est, cujus in lucrum causa tempore praecedit.

In dem besondern Fall, wenn Jemand zwei Bauten auf Einmal in Verdingung genommen hat, entscheidet l. 26. D. 19. 2., daß er den zuerst befriedigen müsse, der ihn zuerst verdungen hat.

Eine allgemeine Regel ist aber für das Alter nicht vorhanden, vielmehr in Ansehung der Singularrechte in l. 32. D. 42. 5. bestimmt erklärt, daß bei dem nämlichen Rechtsgrund auch gleiche Ansprüche gelten müssen, ohne Unterschied der Zeit, was auch durch die Regel: privilegiatus contra aeque privilegiatum jure suo non utitur, angezeigt ist. Uebrigens läuft bei der directen Collision der Rechte Alles auf das beati possidentes hinaus: melior est causa accipientis, consumentis, occupantis, possidentis, — sic tamen ut nemo cum alterius damno locupletior fiat; l. 11. §. 6. l. 34. pr. D. 4. 4. — l. 8. D. 12. 5. — l. 32. D. 3. 3. — l. 14. pr. D. 9. 4. — l. 3. D. 14. 5. — l. 10. D. 15. 1. — l. 4. D. 15. 3. l. 19. D. 42. 1.

Wenn keine dieser Regeln anschlägt, so heben sich die collidirenden Rechte gegenseitig auf, und muß also der Kläger abgewiesen werden; l. 11. §. 6. l. 34. pr. D. 4. 4. — l. 125. D. de R. J. 50. 17. —

B. Bei der indirecten Collision entscheiden die Gesetze zunächst für den Besitzer, l. 19. D. 42. 1. — l. 128. pr. D. 50. 17. — l. 6. §. 7. l. 24. D. 42. 8. — l. 32. D. 3. 3. — c. 15. C. 3. 32. außerdem bei theilbaren Gegenständen für die Theilung, l. 33. D. 30. — und wenn sie untheilbar sind, so heben sich die Rechte gegenseitig auf,

wenn die Theile sich nicht dem Loos unterwerfen, oder die Gesetze selbst dasselbe für gewisse Fälle, wo dem gemeinen Wesen daran gelegen ist, daß das Recht nicht unausgeübt bleibe, verordnen; §. 23. J. de legat. 2. 20. — l. 14. D. 5. 1. — Wer aber bereits ein rechtskräftiges Urtheil erlangt hat, scheint nach Analogie der l. 14. pr. D. 9. 4. — durch denjenigen, welcher später das gleiche Recht sucht, nicht mehr aus dem Vortheil gesetzt werden zu können; vergl. Thibaut Versuche Bd. II. no. 14.

Zu 8) Sowie der Genuß des gemeinschaftlichen Rechts Allen ungetheilt zukommt, so werden auch die Klagen von Jedem in solidum angestellt; l. 17. D. 8. 1. — l. 4. §. 3. u. 4. l. 6. §. 4. D. 8. 5. — cf. l. 5. §. 15. D. 13. 6.

Einzelne Miteigenthümer an einer Berechtigung, deren Gegenstand untheilbar ist, sind befugt, in ihrem eigenen Namen und für ihr eigenes Interesse das gemeinschaftliche Eigenthum klagend und durch Einreden zu schützen, und sonst gegen Dritte geltend zu machen; s. Archiv f. Civil- u. Crim.-Recht der k. preuß. Rheinprovinzen Bd. VII. S. 4.

---

§. 12.

6. Von Aufhebung der Rechte.

1) Wie kann die Aufhebung eines Rechts bewirkt werden, und zwar
   a) durch Handlungen oder Unterlassungen des Berechtigten,
   b) vermöge der Natur oder der innern Bedingungen der Rechte selbst?
2) Welchen Beschränkungen unterliegt die Regel: resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis?
3) Ist der Mißbrauch eines Rechts ein gesetzlicher Grund zu dessen Erlöschung?
4) In welchen Fällen lebt ein durch Confusion erloschenes Recht wieder auf?
5) Wenn die Hauptverbindlichkeit und eine accessorische Verbindlichkeit in Einer Person sich concentriren, welche bleibt dann in Wirksamkeit?
6) Was ist die Folge, wenn die früher verschiedenen Personen zugestandenen und sich beschränkenden Rechte sich in Einer Person vereinigen?

7) Was wird zur bindenden Kraft eines Verzichtes erfordert?
8) Ist insonderheit die Acceptation des andern Theils nöthig?
9) Gilt ein Verzicht auf das Agnationsrecht?
10) In welchen Fällen werden Verzichte, welche an sich nach den Gesetzen nicht gültig und verbindend sind, durch eidliche Bestärkung wirksam?
11) Kann man durch Verzicht die Folge herbeiführen, daß kein dolus prästirt werde?
12) Worüber kann man verzichten?
13) Ist der Retract, welcher Jemandem zustand, der als Richter oder Lehnsherr oder Zeuge den Kauf eines Guts genehmigt oder mitcelebrirt hat, durch seine Genehmigung resp. sein Stillschweigen für verzichtweise aufgegeben anzusehen?
14) Wie kann ein aufgehobenes oder erloschenes Recht wieder hergestellt werden?
15) Wann ist ein thätlicher Verzicht anzunehmen?
16) Ist durch die Verzichtsformel: „man wolle keine weitere Forderung mehr machen," auf alle und jede Forderung verzichtet oder nur der Gegenstand des Vergleichs oder der Berechnung darunter zu verstehen?
17) Hat die in einem Verzicht angehängte Clausel, daß man die Rechtsregel: ein allgemeiner Verzicht gelte nicht, nicht geltend machen wolle, — rechtliche Wirkung?
18) Nützt ein zu Gunsten einer bestimmten Person erklärter Verzicht auch einem Andern?

Zu 1. a) Abgesehen von Veräußerungen kann ein Recht aufhören:
1) durch Verzicht, l. 41. D. 4. 4. — l. 29. C. 2. 3. — l. 174. §. 1. D. 50. 17. — l. 19. D. 5. 2. — l. 8. D. 5. 3., wozu auch solche freiwillige Handlungen gerechnet werden müssen, neben welchen das Recht nicht mehr bestehen kann;
2) durch Verjährung wegen Nichtgebrauch *), doch nur wo dies gesetzlich bestimmt ist, s. Unterholzner Verjährungslehre ed. Schirmer Bd. I. §. 25. v. Savigny, System IV. S. 311. — was bei allen Klagen (tit. C. de praescr. XXX. vel XL. annor. 7. 39.), bei den Servituten größtentheils, l. 25. D. 7. 4. —

---

*) Mehreres hierüber bleibt den folgenden Kapiteln (s. Kap. III.) vorbehalten, wo von Verjährung der Klagen und der Einreden gehandelt wird.

bei Privilegien aber in der Regel nicht der Fall ist, das Jahrmarktsprivilegium ausgenommen, welches durch bloßen Nichtgebrauch in 10 Jahren erlischt; l. 1. D. 50. 11.;

3) [durch Verwirkung] zur Strafe, wenn z. B. nach bestimmten Gesetzen der Mißbrauch des Rechts, s. Nov. 120. c. 8., oder eine verbotene Handlung diese Folge nach sich zieht; l. 1. pr. D. 48. 20. — l. 4. D. 48. 22. — l. 8. C. 9. 49.

Zu 1. b) Wenn a) Mangel des Interesse bei dem Berechtigten eintritt; b) durch den Untergang des Gegenstandes oder das Aufhören der Bedingungen, an welche das Recht gebunden ist; z. B. Rechte, welche durch einen Status bedingt sind, hören nothwendig mit dem Status selbst auf, wie dingliche Rechte mit dem Untergang der Sache, oder c) wenn derjenige, welcher einem Andern ein Recht bestellte, vom Anfange her nur ein temporäres oder widerrufliches Recht hatte, und dieses aufhört; d) durch zufälliges Zusammenfallen von Recht und Verbindlichkeit in Einem Subject, confusio, consolidatio; — e) wenn das Recht selbst nur ad tempus oder sub conditione eingeräumt ist und der Endtermin oder die Bedingung eintritt, l. 4. pr. D. 8. 1. — l. 4. D. 7. 1. — l. 6. pr. D. 20. 6. — l. 44. §. 1. 2. D. 44. 7. — oder wenn der Besteller unter besonderen Umständen zur Revocation berechtigt ist, und diese in der Folge eintreten; l. 8. u. 10. C. 8. 56.

Zu 2) Unstreitig wird das jus accipientis [acquirentis] resolvirt, wenn das jus dantis [auctoris] schon zur Zeit der Ertheilung ein der Dauer nach beschränktes dingliches Recht war, nämlich:

a) wenn der Geber dasselbe selbst nur in beschränkter Art erworben hat, z. B. wenn ihm die Sache nur unter einer Suspensiv- oder Resolutivbedingung tradirt oder legirt war, ingleichen wenn dessen Erwerbung und Uebergabe an einen Anfangs- oder Endtermin gebunden ist, was in der Regel bei dem pacto addictionis in diem, displicentiae etc. der Fall ist, überhaupt wenn die Beschränkungen der Disposition des Gebers auf den Uebergang eines Eigenthums- oder Realrechts gerichtet sind, und nicht blos eine Forderung (obligatio) ennunciiren;

b) wenn die Beschränkung der Dauer schon in der Natur dieses Rechts lag. Man denke z. B. an das mit dem Tode des Berechtigten bei persönlichen, mit dem Untergang des herrschenden Guts bei dinglichen Servituten eintretende Erlöschen, beim Pfandrecht an das mit dem Aufhören der Pfandschuld von selbst eintretende Erlöschen des ersteren, bei dem Recht des Vasallen und Emphyteuten an die gesetzlichen Privationsfälle, bei dem Recht

an einem Fideicommißgut an dessen nur auf die Lebenszeit beschränkte Dauer. — Anders ist es, wenn das jus dantis nicht durch eine in seiner Natur oder ursprünglichen Beschaffenheit liegende Beschränkung aufhört, sondern

α) das Aufhören entweder durch ein neues selbständiges Factum herbeigeführt wird; z. B. Confusion (welche nur ein Aufhören der Form nach mit sich bringt), insbesondere durch willkürliche Handlungen, welche den Verlust des Rechts nach sich ziehen, z. B. Undankbarkeit von Seite des Beschenkten, Rescission des Kaufs wegen übermäßiger Verletzung, — Restitution der dos (insofern diese nämlich nicht ipso jure, sondern nur aus einem Obligationsrecht als zurückfallend betrachtet wird) restitutio in integrum, wenn diese nicht in der Wiederherstellung, eines dinglichen Rechts besteht; — Verzicht, non usus; — oder

β) wenn zwar von Anfang das Recht gesetzlichen oder vertragsmäßigen Gränzen unterlag, diese aber nicht realer Natur waren, sondern auf einer obligatio beruhten, indem diese nur die Person des Constituenten, nicht die Sache afficiren. Wenn also der Ertheiler der Rechte nur wegen eines Obligationsverhältnisses das Realrecht oder die Sache wieder aufgeben muß, so hat der Rückerwerber immer nur eine persönliche, niemals eine dingliche Klage. Bei solchen obligatorischen Rechtsgeschäften kann es daher dem dinglichen Recht des Dritten oder des Erwerbers keinen Eintrag thun, wenn der Ertheiler blos in Folge einer Uebereinkunft verbunden war, sich der Sache zu einer gewissen Zeit zu begeben oder sie einem Andern unter gewissen Umständen zurückzugeben, — insbesondere wegen Beifügung einer Bedingung oder Zeitbestimmung, z. B. des pacti de retrovendendo, protimiseos, des pacti displicentiae, wenn es nicht darauf geht, ut res inemta sit, sondern nur ut reddatur, ferner des pacti in diem addictionis, wenn im Falle der adjectio nur ein Anspruch auf Zurückübertragung ausdrücklich stipulirt worden ist, ferner bei der in einem Kaufe hinzugefügten lex commissoria, wenn nicht besonders ausgemacht ist, daß der Rückfall ipso jure stattfinden soll, ingleichen bei der lucrativen Erwerbung unter Vorbehalt des Rückfalls, wenn nicht ausdrücklich ausgemacht ist, daß der Rückfall ipso jure eintreten soll. Verschiedene Meinungen über diese Materie, s. Fritz im

civilist. Archiv Bd. VIII. S. 286; Wening-Ingenheim Bd. I. S. 282.

Zu 3) In der Regel nicht, l. 1. §. 5. D. 7. 9. — Glück a. a. O. IX. §. 658, mithin nur in denjenigen Fällen, wo die Gesetze mit dem Mißbrauch die Folge des Verlustes des Rechts ausdrücklich verbinden; l. 2. C. 11. 42. — C. 24. X. 5. 33.

Zu 4) Wenn entweder die Vereinigung (confusio) auf einem seiner Natur nach nur auf gewisse Zeit wirkenden Grund beruht, und nachher mit Wegfall dieses Grundes aufhört, l. 7. D. 23. 5. — oder wenn der Grund der Confusion als ungültig aufgehoben wird, z. B. durch Eviction; l. 21. §. 2. D. 5. 2. — l. 87. §. 1. D. 29. 2. — l. 22. C. 3. 28. — Glück a. a. O. Th. X. §. 688. S. 261. — nicht aber, wenn dieses durch muthwillige Handlungen geschieht. — (Mehreres hievon in der Servituten- und Obligationen-Lehre.)

Zu 5) Alsdann wird die accessorische Verbindlichkeit durch die Hauptverbindlichkeit verschlungen, wenn nicht die Erstere dem Gläubiger mehr Sicherheit gewähren sollte; l. 5. l. 14. l. 21. §. 4. D. 46. 1. — Vergl. l. 95. §. 3. D. 46. 3.

Zu 6) Dann fällt das Beschränkende weg und das Beschränkte wird nun unbeschräukt; Thibaut a. a. O. §. 86.

Zu 7) Außer den allgemeinen Bedingungen der Giltigkeit aller Willenshandlungen macht die gesetzliche Bestimmung, daß ein Verzicht nicht zu vermuthen und streng auszulegen sey, eine größere Bestimmtheit des Verzichts nothwendig, daher in manchen Fällen ein genereller Verzicht gar nicht zuläßig, l. 4. §. 4. D. 2. 11. — in den übrigen zwar bindend, doch nicht so bündig und zweifelsfrei ist, wie der specielle; l. 12. D. 2. 16. — l. 3. §. 1. l. 5. l. 9. §. 1. 3. D. 2. 15. — C. 31. de R. J. in VIto. Deswegen setzt auch der factische Verzicht schlechterdings solche Einräumungen voraus, welche das fernere Bestehen des Rechts unmöglich machen, l. 8. pr. D. 8. 6.; auch ist die bloße Unterlassung des Widerspruchs noch keine Aufgebung des Rechts, Glück Th. X. §. 688. S. 263; und selbst bei der eidlichen Verzichtleistung wird Kenntniß oder Belehrung über das Recht oder die zuständige Einrede vorausgesetzt, wogegen bei eidlicher Eingehung eines Geschäfts die Renunciation auf Einreden überflüssig ist; Schweppe a. a. O. §. 153.

Zu 8) Unmöglich kann von dem Erforderniß der Acceptation zur Wirksamkeit eines Verzichts die Rede seyn beim bloßen Aufgeben des Eigenthums, da ein Einspruch gegen die Dereliction des Eigen-

thums nicht denkbar ist, — und dabei dem Berechtigten gar kein Einzelner besonders gegenüber steht. Steht aber ein Interessent gegenüber, so ist es in folgenden Fällen unstreitig, daß die einseitige Willenserklärung bindend sey, und keiner Acceptation bedürfe:

a) bei Repudiation einer Erbschaft und bei Ausschlagung eines Legats; l. 38. §. 1. l. 44. §. 1. l. 86. §. 2. D. 30. 1. l. 59. D. de leg. II. —

b) bei der bonorum possessio, bei welcher, wie bei der hereditas, gar Niemand vorhanden ist, welcher acceptiren könnte.

In diesen Fällen geschieht nämlich das Aufgeben an einem blos deferirten, aber noch nicht acquirirten Recht.

Umgekehrt ist es aber bei dem Verzicht auf ein bereits erworbenes Recht. Da ist eine einseitige Erklärung (Entsagung) wirkungslos, kann also stets zurückgenommen und dadurch der möglichen Acceptation eines Andern entzogen werden, z. B. wenn ich die Erbschaft schon angetreten, das Legat bereits angenommen habe, und hernach wieder aufgeben will. Beim Eigenthum ist es ohnedies bekannt, daß es nicht durch den bloßen Willen, sondern nur durch Dereliction verloren wird. Ueberhaupt scheint es keinem Zweifel zu unterliegen, daß in allen Fällen, wo die Gesetze einer einfachen Willenserklärung rechtliche Wirksamkeit beilegen, diese, und folglich auch die Entsagung nicht erst der Acceptation bedürfe, wie z. B. bei der Societät, dem Mandat, dem Miethvertrag. Streitig ist es bei dem Pfandrecht und den Prädialservituten, ob der Berechtigte einseitig abtreten könne, was Fritz im Archiv f. die civil. Praxis Bd. III. S. 392. negirt, dagegen v. Savigny im System d. h. R. R. Bd. IV. S. 548. bejaht.

Zu 9) Nein, nach l. 34. D. 2. 14., so wenig als auf das jus civitatis.

Zu 10) Das canonische Recht spricht sich im Wesentlichen dahin aus: Quodlibet jusjurandum sine vi vel dolo sponte praestitum servandum esse, nisi si in alterius praejudicium redundet, vel observatum, vergat in dispendium salutis aeternae. C. 28. X. de jurejur. (2. 24.) C. 2. de pact. in Vlto. (1. 18.). Das römische Recht statuirt auf gleiche Weise die Verbindlichkeit aller, selbst der von Minderjährigen abgelegten Eide, durch welche sie ihre Rechtsgeschäfte bestärkt haben, wenn sie nur eidesmündig waren. Sacramenta puberum sponte facta super contractibus rerum suarum non retractandis inviolabiliter custodiantur, per vim autem vel justum metum extorta etiam a majoribus nullius esse momenti jubemus. Auth. C. si adversus vendit (2. 28.). Beide Gesetzgebungen kommen demnach darin überein, daß ein an sich nicht giltiges

Geschäft verbindend werde, soweit der Eid blos dem Schwörenden (in rebus suis), nicht auch Dritten präjudiciren kann.

Daß die Wirkung, welche der Eid hervorbringen soll, am wenigsten dem Recht und dem Interesse des Staats oder der Kirche entgegen seyn darf, fließt hieraus von selbst, und ist besonders stark im c. 27. X. de jurejur. (2. 24.) ausgedrückt: non juramenta, sed perjuria sunt dicenda, quae contra utilitatem ecclesiasticam attentantur. Daher c. 12. X. de foro auch die eidliche Verzichtung eines Geistlichen auf seinen bevorrechteten Gerichtsstand für ungiltig erklärt, weil dadurch die geistliche Hierarchie gefährdet würde. So auch, wenn der Anwalt gegen l. 5. C. de postul. sich eine quota litis stipulirt,*) oder der Arzt gegen l. 3. D. de extraord. cogn. 50. 13. handelt; denn überall ist dem gemeinen Wesen daran gelegen, Anwälte und Aerzte an solchen schädlichen Handlungen zu verhindern.

Niemals darf also eine eidliche Versicherung gegen allgemein verbietende Gesetze verstoßen. In Ansehung der für gewisse Fälle oder gewisse Klassen von Personen gegebenen Singular-Rechte könnte man dasselbe zu statuiren sich veranlaßt finden, denn in gewissem Grade, oder wenigstens indirect, ist auch bei ihnen häufig das öffentliche Interesse berührt. Es ist aber hier schon nach der Ansicht der alten Glossatoren einschränkend zu verfahren, wie die summa zum C. 28. X. de jurejur. andeutet: Juramentum praestitum super actu a lege infirmato principaliter favore jurantis, licet secundario in favorem publicum, necessario est observandum: si non vi, nec dolo fuit praestitum et in alterius praejudicium principaliter non redundat. —

Man unterscheidet daher zwischen Gesetzen, welche eine Verbindlichkeit zunächst im Interesse desjenigen, der in dieselbe verfallen ist, und jenen, welche sie unmittelbar wegen des öffentlichen Interesse reprobiren; im ersten Fall erlangt die Verbindlichkeit Kraft durch den Eid, nam quilibet favori pro se introducto renunciare potest. l. 29. C. 2. 3. — im andern Fall aber nicht. Nach bestimmten Gesetzen hat der Eid die bestärkende Kraft:

a) nach Cap. 2. de pact. in VIto bei Erbverträgen, welche durch l. 4. C. de inutil stipul. verboten waren;

*) Doch läßt sich das diesfallsige Verbot nicht auf Nichtadvokaten ausdehnen, z. B. wenn irgend ein Private dem Andern sich erbietet, nicht nur die Kosten zum Proceß vorzuschießen, sondern auch diese gegen halbscheidige Einräumung des Gewinns zur Halbscheid zu tragen; s. Tafel auserlesene Civilrechtssprüche 1. Hft. S. 49 ꝛc.

b) nach C. 28. X. de jurejur. bei der, selbst unter Einwilligung der Frau nach l. un. §. 15. C. de rei uxor. act. (5. 13.) unerlaubten Veräußerung eines Dotalgrundstücks, sowie

c) bei den, nach l. 1. pr. und l. 2. §. 1. D. ad Sct. Vellej. ungiltigen weiblichen Bürgschaften. Glück a. a. O. Thl. XV. S. 47.; Thibaut a. a. O. §. 949. Analog wird dasselbe in Praxi nach dem Zeugniß bewährter Schriftsteller angenommen

d) bei der verbotenen Schenkung unter Ehegatten s. c. 28. X. de jurejur. (2. 24.) Glück Thl. XXVI. S. 203. — Thibaut System, 8. Ausg. §. 329., wogegen jedoch dissentiren Malblanc princ. jur. Rom. §. 623 und Doctr. de jurej. §. 117. Weber natürl. Verbindl. §. 112. u. 123.; Mühlenbruch Doct. Pand. Vol. III. §. 545. u. A. daselbst Angef.

e) bei dem Vergleich über künftige Alimente, Boehmer J. Eccl. Pr. T. I. Lib. II. Tit. 24. §. 33. Glück Thl. IV. §. 341. in f.; ebendasselbe scheint auch

f) von dem eidlichen Verzicht auf die Einrede des nicht empfangenen Geldes angenommen werden zu müssen. Allein hier ist das Verhältniß doch ganz anders. Die Benennung: Einrede, ist hier ganz uneigentlich, denn eigentlich ist die Ableugnung des Geldempfangs nur eine negative Litiscontestation.

Auch ist das Gesetz, welches hier die Beweiskraft der Urkunden beschränkt, ein allgemeines und nicht ex favore singulari gegeben, es ist eine Vorschrift des Proceßrechts, welches dem öffentlichen Recht angehört. Wenn nun Urkunden in gewissem Maße die Beweiskraft erst nach einem bestimmten Zeitablauf gesetzlich eingeräumt ist, so kann es keinen Unterschied machen, ob darin eine eidliche oder eine einfache Versicherung niedergeschrieben ist. Dies ist ohne Zweifel der Sinn der l. 16. C. 4. 30., und aus diesem Gesichtspunkte betrachtet, kann ein Widerspruch mit den Vorschriften des kanonischen Rechts nicht darin gefunden werden.

g) Auch in Ansehung des Verzichts auf das Sct. Macedon. geht die Autorität der meisten Rechtsgelehrten dahin, daß der Eid den an sich rechtsungiltigen Verzicht nicht wirksam machen könne. Daß er dies nicht zum Präjudiz des Vaters vermöge, ist für sich klar, daß aber der Sohn selbst nicht durch seinen Eid gebunden seyn soll, wenn er nach geendigter väterlicher Gewalt

sich im Stande befindet, aus eigenen Mitteln oder Erwerb das ihm auf Ehre und Gewissen anvertraute Geld zu bezahlen, möchte man kaum zu behaupten wagen. Nach der Auth. Sacramenta puberum Cod. Si adversus venditionem sollen ja selbst die Verträge der Minderjährigen auf keine Weise angefochten werden, wenn sie durch einen Eid bekräftigt worden sind. Ueberdem ist ja durch das Sct. Macedon. die Verbindlichkeit nicht ganz vernichtet, sondern die oblig. naturalis als fortdauernd von den Gesetzen anerkannt; s. l. 7. §. fin. l. 9. §. 4. und 5. l. 10. D. 14. 6. Der Sohn kann auch nach aufgehobener väterlicher Gewalt sich der Vortheile des Scti. begeben, warum sollte also hier der Eid nicht als Mittel dienen können, sich dessen zu versichern, daß der Schwörende sich nie des Scti. bedienen werde, da doch nach c. 28. X. de jurejur. und c. 2. de pactis in VIto auch eine an sich ungiltige Handlung durch eidliche Bestärkung wirksam gemacht werden kann? — So urtheilen v. Quistorp in den Beitr. Nr. 24. S. 386. ꝛc. und andere dort angeführte Rechtslehrer, z. B. Carpzov, Stryck, Böhmer, Wernher. Allein das Uebergewicht haben doch diejenigen Rechtslehrer, welche mit strenger Consequenz dem Geiste des Gesetzes folgen, welches ja nicht in favorem filiifamilias, sondern in odium et poenam creditorum gegeben ist; l. 40. D. 12. 6. l. 9. §. 4. D. 14. 6. — folglich von jenem nicht durch Verzicht beseitigt, und nicht bewirkt werden kann, daß das, was aus Gründen des allgemeinen Wohles nicht stattfinden soll, wie das gefährliche und verderbliche Creditiren an Haussöhne, doch zu Recht bestehe; s. Thibaut System, 8. Ausg. §. 269; Glück Thl. XIV. §. 900. — und die allda angeführten Autoren Voet, Lauterbach, Berger, Pufendorf, Struben, Weber v. d. natürl. Verbindl. S. 539.; Hofacker Princip. jur. civ. T. III. §. 4135.; Walch Controv. jur. civ. p. 83.

Eben so zweifelhaft ist

h) die Wirksamkeit der eidlichen Bestärkung beim commissorischen Vertrag; s. Bd. II. die Nebenbestimmungen bei Pfandverträgen betr. Ungeachtet eine constante Praxis, wie unter andern v. Vangerow Pand. Bd. I. S. 298. der VI. Aufl. u. Glück Thl. IV. S. 556. ꝛc. bezeugen, aus den in mehreren Fällen gegebenen Entscheidungen des canonischen Rechts die allge-

meine Regel abgeleitet hat, daß h. z. T. der promissorische Eid auch zur Bekräftigung ungiltiger Geschäfte dienen könne, wenn dieselben nur nicht absolut verboten sind, oder eine Immoralität enthalten, oder Rechte Dritter verletzen, — so scheint doch in der neueren Praxis mehrfältig der entgegengesetzte Grundsatz durchzubringen, daß überhaupt ein nach den Gesetzen ungiltiges Geschäft durch den hinzugefügten Eid nicht giltig werden könne. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 308. §. 297. So wurde von dem O.-A.-G. in Cassel*) der eidlichen Verbindlichmachung eines Minderjährigen die rechtliche Wirksamkeit abgesprochen; s. Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. II. S. 176. Damit stimmt überein ein Erkenntniß des O.-A.-G. in Darmstadt in Seuffert's Archiv. Bd. II. H. 3. S. 334. „Die Verzichtleistung eines Minderjährigen auf die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand oder auch ein sonstiges an sich unverbindliches Versprechen desselben kann weder durch bloße Handtreue an Eidesstatt, noch durch einen außergerichtlichen mündlich oder schriftlich geleisteten Eid Wirksamkeit erlangen;“ vgl. oben S. 35. zu Fr. 4.

Zu 11) Nein; arg. l. 27. §. 3. u. 4. D. 2. 14. l. 1. §. 7. D. 16. 3. — l. 17. pr. D. 13. 6. — l. 23. D. 50. 17.

Zu 12) Hier gilt zunächst die Regel:

Super quibus causis pacisci et transigere non licet, iisdem neque possumus renunciare. Man kann also durch Verzicht nicht außer Wirksamkeit setzen:

1) Vorschriften, welche dem öffentlichen Recht angehören: jus publicum privatorum pactis immutari nequit. [l. 28. 38. D. 2. 14.] Man kann nur da verzichten, wo nicht das öffentliche Interesse concurrirt, nach l. pen. C. de pact. 2. 3. — Omnes licentiam habent, his, quae pro se introducta sunt, renunciare. l. 7. §. 14. D. 2. 14. et in ceteris omnibus, ad Edictum Praetoris pertinentibus, quae non ad publicam laesionem sed ad rem familiarem respiciunt, pacisci licet. Daher wird der Verzicht in Fällen, wo das öffentliche mit dem Privat-Interesse unzertrennlich verbunden ist, nicht einmal zum Nachtheil des Verzichtenden wirksam. Müller Promt. jur. Vol. VI. pag. 366. no. 47.

---

*) Seiner früheren Praxis, welche man noch in v. Bülow und Hagemann's Erörter. Bd. IV. S. 185. beibehalten findet, geradezu entgegen.

2) Man kann aber auch im privatrechtlichen Gebiet nicht auf dasjenige verzichten, was die allgemeinen Gesetze nach Form oder Wesen zur Erzeugung einer rechtlichen Wirksamkeit absolut erfordern; endlich

3) wenn die Gesetze ausdrücklich einen Verzicht für unwirksam erklären.

Mehreres über ungiltige oder zweifelhaft giltige Verzichte ist in den betreffenden besondern Materien bemerkt, z. B. über den Verzicht auf den Pflichttheil, auf die Einrede der Verletzung über die Hälfte, der Compensation, über den Verzicht des Vaters auf den Nießbrauch an dem peculio adventitio des Sohnes, über Aufgebung der emphyteutischen Rechte, Entsagung einer künftigen Erbschaft, Verzicht des Käufers auf Gewährleistung, weibliche Verzichte.

Zu 13) Sobald sich noch ein anderer Grund seiner Handlung denken läßt, ist kein Verzicht auf das eigene Recht zu vermuthen, vielmehr ist anzunehmen, daß die Bestätigung nur salvo jure ertheilt sey. Glück Thl. XVI. §. 996. S. 190.; Danz Handb. d. deutsch. Privatr. Bd. II. §. 196.

Zu 14) Zur Wiederherstellung ist Alles erforderlich, was zur ersten Begründung gehört; nur bei einer Aufhebung ope exceptionis lebt das Recht durch jeden Willensact wieder auf; l. 27. §. 2. D. 2. 14.

Zu 15) Wenn man das gerade Gegentheil von dem thut, wozu man berechtigt war, z. B. wenn der Schuldner nach gefälltem Urtheil seinen Gläubiger um Stundung bittet; l. 5. C. de re jud., so kann er das Urtheil nicht mehr durch Rechtsmittel anfechten; oder wenn der Inhaber einer Servitut dem Besitzer des dienenden Grundstücks einen Bau gestattet, welcher die Ausübung der Dienstbarkeit hindert; l. 8. pr. D. 8. 6.

Zu 16) Vermöge der Regel der stricten Auslegung kann der Verzicht nicht über den eigentlichen Gegenstand des Geschäfts hinaus wirken, vgl. l. 31. C. 2. 4. — l. 9. §. 1. et in f. D. 2. 15. — Müller Promt. jur. Vol. VI. p. 359.; Mevii Decis. P. VI. Dec. 378. no. 3. u. 5., und eben so wenig auf später erst erworbene Rechte; Müller a. a. O. pag. 361. no. 21. und 22.

Zu 17) Wird von Einigen unumschränkt bejaht, bezüglich l. 4. §. 4. D. 2. 11. — von Andern nur in so weit, als die nicht namentlich ausgedrückte Einrede mit den speciell verzichteten Einreden in Verbindung steht. Im Allgemeinen wird hier der Grundsatz gelten müssen, daß nach der muthmaßlichen Geschäfts-Absicht zu entscheiden sey, der

Verzicht aber nicht auf das erstreckt werden dürfe, woran muthmaßlich nicht gedacht wurde, sondern nur ad ea, de quibus vel saltim generaliter renunciantem cogitasse verisimile est, et colligi potest sive ex verbis sive ex mente. Müller l. c. Vol. VI. pag. 362. no. 25. u. 29.; Mevii Dec. P. IX. Dec. 186.; Stryck de caut. contr. Sect. I. cap. V. §. 3.; Pufendorf Obs. jur. univ. T. II. Obs. 43.

Zu 18) Nein; s. l. 12. C. 4. 29. — l. 3. C. 2. 4. — Müller l. c. Vol. VI. pag. 562. no. 27.

---

§. 13.

7. Vom jus singulare und Privilegium.

a) Begriff und Eintheilungen.

1) Was versteht man unter jus singulare und wie unterscheidet sich von ihm das Privilegium?
2) Welcher Classe von Rechten sind die Privilegien bei Beurtheilung der darüber entstehenden Streitigkeiten zu subsumiren, und wie vielerlei Arten von Privilegien gibt es? Was für eine Klage steht dem Privilegirten zu?

Zu 1) Das jus singulare, in den Gesetzen auch proprium jus, s. Paulus Sent. rec. III. 4. 93, oder proprium atque singulare jus. l. 2 D. 29. 2. oder auch lex specialis l. 24. D. 1. 5. genannt, kann als anomales Recht im Gegensatz des regelmäßigen Rechts (jus commune oder juris tenor) bezeichnet werden; s. v. Savigny System Bd. I. S. 62 ꝛc. Das gemeinnützige Absehen des Gesetzgebers, s. l. 14.—16. D. 1. 3. — l. 14. pr. D. 50. 17., ist dabei stets auf gewisse Classen von Personen, Sachen oder Rechtsgeschäften, oder auf bestimmte Verhältnisse des Alters, Standes, Geschlechts dergestalt, daß dieses Singularrecht allen Personen zu statten kommt, welche sich in dem vom Gesetzgeber vorausgesetzten Verhältniß befinden, gerichtet, und in Folge der von außen in das Recht eingreifenden utilitas, entweder einen Vortheil oder Nachtheil dieser Klasse bezweckend. Ist aber das Absehen blos auf Individuen gerichtet, so nennt man es h. z. T. Privilegium, d. i. ein eigentlich dem Staatsrecht angehöriges, in An-

sehung gewisser Personen oder Grundstücke gegebenes Ausnahmsgesetz, wodurch besondere Rechte für die fragliche Person oder Sache vor anderen begründet werden; s. Heimbach in Weiske's Rechtslexikon Bd. VIII. H. 4. S. 493. — Wird durch ein Privilegium die Berechtigung zu gewissen von der besondern Gestattung des Staats abhängigen Gewerben ertheilt, so heißt es Concession. Vom Privilegium im eigentlichen Sinn unterscheidet sich Dispensation, indem durch sie eine Ausnahme [von einem ge= oder verbietenden Gesetz] für einen einzelnen Fall begründet wird.

Zu 2) Man pflegte häufig die Privilegien dem Vertragsrecht zu subsumiren, s. Klüber öffentl. Recht des deutschen Bundes §. 485.; Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. VIII. S. 495. not. 14. und insbesondere die als Belohnung ausgezeichneter Verdienste um den Staat ertheilten Privilegien als donat. remuneratoriae zu betrachten. Allein diese Einmengung des civilistischen Vertrags=Begriffs in Beziehungen des öffentl. Rechts scheint, wie Schmid Staatsr. §. 67. und Schlayer in Linde's Zeitschr. neue Folge Bd. XII. H. 1. S. 58. bemerkt, eben so verwerflich, wie die dadurch veranlaßte Eintheilung in privilegia conventionalia et gratuita mit der verschiedenen Wirkung, daß Erstere nicht, wohl aber Letztere vom Regenten widerrufen werden könnten. Es ist vielmehr zu behaupten, daß die durch Einzelgesetze ertheilte Befugniß (das privilegium im engern Sinn) ein Recht sey, gerade wie die durch allgemeine Gesetze (jus commune oder singulare) erlangten Befugnisse. Hienach darf es in den Rechtsgrundsätzen keinen Unterschied begründen, ob der Ertheilung des Privilegiums Tractaten vorhergegangen sind, oder ob es — etwa auf das bloße Ansuchen des Privilegirten hin — alsbald von der Staatsgewalt ertheilt worden ist. Richtig bezeichnet das Privilegium Schweppe im röm. Privatrecht Thl. I. §. 23. als ein individuelles Gesetz, lex de privo, i. e. singulo cf. Brissonius de V.S. voce privileg.; Glück Thl. I. §. 98.

Uebrigens werden die privilegia eingetheilt in

1) onerosa oder gratuita, und ersteren, für welche ein Aequivalent gegeben worden ist, werden auch die privilegia remuneratoria beigezählt; s. Mackeldey Lehrbuch d. h. R. R. Thl. I. S. 240. §. 189.

2) favorabilia oder odiosa [ein pr. odiosum würde hier die Bedeutung einer Strafe haben. Insgemein wird jedoch diese Eintheilung oder Unterscheidung auf privilegium in dem Sinne

von jus singulare bezogen, und z. B. Verkehrsbeschränkungen des miles darunter verstanden.]

3) personalia oder realia. Letztere werden gewöhnlich zu Gunsten eines bestimmten Grundstücks ertheilt, so daß das diesem verliehene Recht auf jeden Besitzer, — oft jedoch nur unter der Bedingung persönlicher Qualification, übergeht. In letzterer Beziehung statuiren Mehrere auch privilegia mixta, Mühlenbruch in Doctr. Pand. Vol. I. pag. 167. §. 80. not. 6. rechnet darunter nobilitatis gentilitiae jura, quae cum praedio equestri conjuncta sunt; vgl. Preuß. Landr. Einl. §. 70.; Müller Promt. jur. Vol. VI. pag. 13. no. 51. Da persönliche Privilegien nicht auf die Erben übergehen, gleichviel ob sie conventionelle, oder sogar durch onerosen Titel erworben sind, s. Heimbach a. a. O. S. 494., so fragt sich öfters, ob für das priv. personale oder reale zu präsumiren sey? Die Meinungen darüber sind sehr verschieden. Einige präsumiren pro priv. rei s. causae dato: s. Wening-Ingenheim a. a. O Bd. I. S. 797; Cocceji jus controv. Lib. I. Tit. IV.; Stryck Diss. de privil. interpr. Cap. I. no. 36. Andere pro priv. personali, wie Glück Thl. I. S. 558; Walch jus contr. Proleg. Cap. II. §. VIII. Andere unterscheiden, ob das Privilegium precario oder onerose erworben wurde, oder auch animo remunerandi gegeben war, s. Hartleben Meditt. ad. D. Sp. XIV. m. 5. und Hofacker Princ. jur. civ. I. §. 92. not. 6., was jedoch Glück a. a. O. bezüglich l. 196. D. 50. 17. de R. J. u. c. 7. de R. J. in VIto nicht gelten lassen will, und wogegen auch unsere soeben gemachten Bemerkungen entscheiden. Wieder Andere wollen unterscheiden, ob das Privilegium dem gemeinen Wesen oder den Rechten Dritter präjudicirlich scheine oder nicht, und präsumiren im ersten Fall pro personali, im andern pro reali. Voet Comm. ad D. Lib. I. Tit. IV. §. 14. Allein die Entscheidung der Frage wird immer zunächst auf einer vernünftigen Interpretation jedes einzelnen privilegii beruhen, wobei die oben erwähnten Distinctionen mehr oder weniger von Einfluß seyn können; vgl. l. 4. §. 3. D. 50. 15.; Heimbach a. a. O. S. 494.

4) affirmativa oder negativa, in so ferne Erstere auf Ausübung eines gewissen Vorrechts vor Andern, Letztere auf Befreiung von einer lästigen Verbindlichkeit gehen, welche den andern Unterthanen obliegt.

5) conventionalia oder gratiosa, je nachdem sie durch einen Vertrag oder durch bloße Gnade vom Regenten erlangt worden sind.
6) exclusiva oder non exclusiva. Monopolien unterscheiden sich von den übrigen Privilegien dadurch, daß sie nur Einem Individuum mit Ausschluß aller Uebrigen ertheilt sind.

Das den Privilegirten zustehende Rechtsmittel ist nach Analogie der Servitutenklagen die act. confessoria; s. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Thl. I. S. 81. §.30.

---

b) Erwerbungsart und rechtliche Wirkungen der Privilegien.

1) Wer kann Privilegien ertheilen? und ist ein vom Thronerben während der Lebenszeit des Regenten ertheiltes Privilegium dann, wenn er wirklich zur Regierung gelangt, für ihn und seine Thronfolger verbindend?
2) Beginnen dieselben schon mit ihrer Ertheilung oder erst mit ihrer Bekanntmachung?
3) Können sie auch durch unvordenkliche Verjährung erworben werden?
4) Kann ein Privilegium von der Person oder Sache getrennt und auch auf Andere übertragen werden?
5) Wie ist die Wirksamkeit der Privilegien nach Zeit und Ort und zu Folge ihrer rechtlichen Natur beschränkt? desgleichen im Verhältniß zu schon bestehenden Rechten und concurrirenden Privilegien?
6) Wenn ein Minderjähriger das ihm aufgetragene Geschäft eines Großjährigen auf eine nachtheilige Weise vollzogen hat, kann er dagegen sein privilegium aetatis geltend machen? und umgekehrt: kann der Minderjährige gegen die von einem großjährigen Mandatar auf schädliche Weise vorgenommenen Handlungen die Restitution verlangen?
7) Ist jedes Privilegium an sich als exclusiv zu betrachten und daher der Landesherr gehindert, dasselbe auch einem Andern zu ertheilen?
8) Wie ist die Regel zu verstehen: privilegiatus contra aeque privilegiatum jure suo non utitur?
9) Gehen die Rechtswohlthaten und privilegia causae data auch auf Erben und Legatarien über?

10) Kommt das privilegium causae datum auch andern Personen, z. B. Bürgen oder Cessionarien zu statten? Desgleichen auch persönliche Privilegien?

Zu 1) Die Ertheilung der Privilegien oder Ausnahmsgesetze kann nur der gesetzgebenden Gewalt zustehen, außer in so ferne sie im Regierungsrechte der Gnade ihren Grund haben, wie Abolition, Aggratiation. Seit Auflösung des Reichsverbandes steht sie den einzelnen Bundesgliedern für ihre Staatsgebiete zu, wobei landständische Mitwirkung in so ferne nöthig seyn kann, als das Privilegium in Hoheitsrechte einschlägt, deren Ausübung nach der Landesverfassung Concurrenz der Landstände erfordert; s. Klüber öffentliches Recht des deutschen Bundes §. 483. Vom deutschen Bunde kann ein Privilegium nur in Folge freiwilliger Vereinbarung sämmtlicher Bundesglieder ertheilt werden. Dem in der Bundesacte Art. 2. ausgesprochenen Zwecke des Bundes ist Privilegien-Ertheilung eigentlich fremd; s. Heimbach a. a. O. S. 496. not. 20. Bei Standesherren, Grundherren und städtischen Magistraten ist die Vermuthung gegen das Recht, Privilegien zu ertheilen, bisweilen ist ihnen ein beschränktes Verleihungsrecht (jus privilegiorum minus) zugestanden; s. Klüber a. a. O. §. 485.

Ein vom Thronerben ertheiltes Privilegium halten Mehrere, wie jedes giltige Versprechen, für wirksam für alle Zukunft, wenn es nicht dem allgemeinen Wohl und den Staatsgrundsätzen widerstrebt; s. Leyser Sp. X. M. X. u. Vol. XI. pag. 181., Glück Thl. II. S. 12. Dagegen behauptet Schlayer a. a. S. 72., ein solches Privilegium sey von Anfang an ungiltig, und eine privatrechtliche Verbindlichkeit desselben zur Ertheilung eines oft sehr wichtigen öffentlichen Interesses sey undenkbar.

Zu 2) Das Privilegium beginnt für den Privilegirten mit der Ertheilung, l. 7. de leg. c. 14. 1. — Cap. 9. in VIto de rescr. 1. 3., gegen Dritte aber erst von erfolgter Promulgation, sowie auch ein Gesetz nicht eher wirksam wird.

Zu 3) Diese Streitfrage ist, in so fern die außerordentliche Verjährung gegen den Staat nicht durch besondere Landesgesetze ausgeschlossen ist, aus dem Grund zu bejahen, weil die unvordenkliche Verjährung von dem Gesetzgeber im Allgemeinen mit der Präsumtion rechtmäßiger Entstehung des Rechts bekleidet ist, c. 26. X. de verb. signif. (5. 40.) Glück I. S. 537. not. 19. et alii ibi cit.; Hofacker I. §. 96. not. e.; Dabelow über die Verjährung Th. II. S. 93; Puchta Pand. §. 44. c. 26. X. de Verb. S. 5. 40. —

c. 1. de praescript. in VIto. 2. 13; R. A. v. 1548. §. 56; R. A. v. 1576. §. 105.; s. besonders die bei Schlayer in Linde's Zeitschr. N. F. Bd. XII. S. 75. angeführten Autoritäten.

Zu 4) Jedes Privilegium ist unzertrennlich von der Person oder Sache, der es gegeben ist, daher geht das privil. reale mit der Veräußerung der Sache auf deren Erwerber, ein privilegium exigendi mit der Cession auf den Cessionar als Pertinenz über, dagegen kann bei dem persönlichen nur die Ausübung vollmachts- oder pachtweise einem Andern, s. Mühlenbruch I. S. 171. not. 5; Leyser Spec. 10. med. 2. l. 6. D. 4. 1. — l. 24. D. 4. 4. — l. 6. in f. D. 48. 4. — l. 68. D. de R. J. 50. 17. — in so weit übertragen werden, als die Natur des Privilegiums nicht entgensteht, wie bei negativen Privilegien gewöhnlich, bei affirmativen aber alsdann der Fall ist, wenn auch die Ausübung an die Person des Privilegirten gebunden ist. Mühlenbruch Lehre von der Cession &c. 3. Aufl. S. 281. &c. Nur diejenigen Privilegien gehen auf den Cessionar über, welche dem Cedenten der abgetretenen Forderung selbst wegen zugestanden sind, oder derselben cohäriren, l. 2. pr. l. 6. l. 23. pr. D. 18. 4. — c. 8. C. 4. 39. — aber nicht die blos den Proceß betreffenden, z. B. privilegia fori, und überhaupt nicht die dem Cedenten aus einer besondern Rechtsbegünstigung seines Zustandes zukommenden Privilegien; s. Glück a. a. O. Th. XVI. S. 403. &c.

Zu 5) Die Wirkung eines Privilegiums besteht darin, daß der Privilegirte Jeden von Störung in der Ausübung seines Privilegiums abhalten und Jeden, der nicht ein gleiches Privilegium hat, von der Anmaßung eines gleichen Rechts ausschließen kann; l. 1. §. 2. D. 1. 4. — l. 2. C. 1. 14. Jede dem Privilegium zuwider unternommene Handlung ist rechtlich unwirksam, c. 10. X. 1. 6. und ein dem ausdrücklichen Inhalt eines vor Gericht gehörig producirten Privilegiums zuwiderlaufendes Erkenntniß nichtig; c. 21. X. 2. 27. Zur Beurtheilung der Grenzen der damit verbundenen Befugnisse dient richtige Auslegung, zuweilen auch Verjährung und Herkommen; s. Heimbach a. a. O. S. 498. Eine absolute Schranke bilden wohlerworbene Rechte Dritter, dergestalt, daß die Clausel: „unbeschadet der Rechte Dritter“ bei jeder Verleihung stillschweigend verstanden wird; l. 2. §. 16. D. 43. 8. — §. 8. in VIto de rescr. 1. 3; Wahlcapitulation Art. XV. §. 3; Schmid Staatsr. §. 67. Privilegien können, weil sie keiner Rückwirkung fähig sind, vorher entstandene Rechte nicht aufheben und nicht außer dem landesherrlichen Gebiet wirksam werden, daher sie gegen Ausländer nur in Ansehung ihrer Handlungen und ihres Verkehrs

im Lande geltend gemacht werden können, solche Privilegien ausgenommen, welche auf allenthalben geltenden Grundsätzen beruhen, wie venia aetatis, legitimatio per rescr., Adelsstand u. dergl. Die Privilegien gelten auch nur für Verhältnisse, welche beim Begünstigten unmittelbar entstanden sind, wenigstens darf durch sie der Zustand des debitoris cessi nicht verschlimmert werden; daher ist in Ansehung der von Manchen bejahten, von Andern verneinten Frage: ob der Cessionar bei der Verfolgung einer ihm abgetretenen Forderung sich seiner eigenen Privilegien bedienen könne? vergl. Glück Th. XVI. S. 408. die verneinende Meinung wohl unbedenklich vorzuziehen, und auch die von Mehreren zu Gunsten des Fiscus aus l. 6. D. 49. 14. u. l. 17. §. 6. D. 22. 1. geschöpfte Ausnahme zu verwerfen, indem die l. 6. cit. den Fall einer Universal-Succession betrifft, von welchem denn auch die l. 17. cit. zu verstehen seyn dürfte, wovon jedoch kein Schluß auf den Fall einer Cession gemacht werden kann; s. Puchta in Weiske's Rechtslex. Bd. II. S. 659; v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 575. S. 132. der VI. Aufl. Wenigstens muß nach Mühlenbruch's Lehre v. d. Cession S. 578. das Vorzugsrecht aus den besondern Privilegien des Fiscus auf die späteren Gläubiger einschränken, welche sonst ein besseres Recht vor dem gehabt haben würden, in dessen Stelle der Fiscus eingetreten war. Im Allgemeinen ist als leitender Grundsatz anzunehmen, daß an dem Forderungsrecht selbst durch die eigenen Privilegien des Cessionars nichts alterirt werden könne, l. 38. D. de minoribus (4. 4.). Mithin kann der Cessionar nur solche ihm für seine Person zuständige Rechtswohlthaten gebrauchen, welche mit der abgetretenen Forderung an und für sich in keiner Verbindung stehen, sondern entweder die Art und Form ihrer Geltendmachung betreffen, z. B. ein privilegium fori oder Restitution, in so fern diese nicht das Rechtsgeschäft selbst, sondern nur processualische Versäumnisse betrifft. Gleichwie der Cessionar als bloßer Nachfolger in ein fremdes Forderungsrecht die mit diesem nicht zusammenhängenden Zuständigkeiten des Cedenten nicht für sich in Anspruch nehmen kann, so kann er auch umgekehrt verlangen, in so weit überall nach seinem Recht und nicht nach dem Recht des Cedenten beurtheilt zu werden; s. auch unsern Bd. III. von den Wirkungen der Cession.

In Betreff der Concurrenz mehrerer Privilegien vermißt man allgemeine Regeln. — Zuweilen geben die Gesetze dem Alter den Vorzug, z. B. bei dem Zusammentreffen zweier Dotalprivilegien; l. 12. §. 1. C. 8. 18. — Nov. 91. c. 1. Nicht alle Privilegien sind von gleicher Stärke, und dann geht natürlich das stärkere

vor, wie z. B. alle Privilegia ad instar dem für ein Verhältniß ursprünglich gegebenen nachstehen, daher der minor vorgeht, wenn er mit einer ecclesia oder einem pium corpus in Collision kommt, c. 1. X. de in integr. rest., wie denn das Sct. Macedon. auch einer Stadt opponirt werden kann, l. 15. D. 14. 6. — und dem beneficio aetatis die Rechtswohlthat des vellejanischen und macedonianischen Senatusconsults weichen muß. Collidiren Privilegien gleicher Stärke, so wird vermöge der, jedem Privilegium stillschweigend inwohnenden Clausel salvo jure tertii das neuere dem älteren weichen müssen. Leyser Sp. X. Med. II.; Glück Comment. Th. II. §. 105; s. Nov. 91. c. 1. Anderer Meinung ist zwar Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. §. 33. (38.) no. 3., jedoch ohne einigen Grund; denn seine Beziehung auf l. 32. D. 42. 5. beruht wohl auf einem Mißverstand dieser blos von den persönlichen Vorzugsrechten der Gläubiger sprechenden Gesetzesstelle; s. d. Anmerk. 165. zu D. 42. 5. der deutsch. Uebers. d. corp. jur. Unzweifelhaft ist dagegen der Grundsatz: quod principi in cujusquam injuriam beneficia tribuere moris non sit; s. auch l. 7. C. 1. 19. l. 4. C. 8. 49. c. 19. X. de praescript. c. 54. de R. J. in VIto. Auch die Interpretationsregel: in toto jure generi per speciem derogatur l. 80. D. 50. 17., kann zur Entscheidung des Vorzugs in Collisionsfällen dienen, wonach z. B. das Privilegium dem jus singulare und dieses dem juri communi vorgeht. Thibaut P.-R. Thl. I. §. 86. Am Ende, wenn es ja an jedem gesetzlichen Grund zum Vorzug des Einen vor dem Andern fehlt, tritt der Satz ein: privilegiatus contra aeque privilegiatum jure suo non utitur. — Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts S. 255. unterscheidet:

1) den Fall, wo diese Privilegirten ihre Privilegien gegen einander ausüben wollen, d. i. den Fall der directen Collision. Da geht das Privilegium derjenigen Person vor, welche Schaden von sich abwenden will, gegenüber derjenigen, welche einen Gewinn erlangen oder beibehalten will; oder, wenn es sich bei beiden Partcien nicht um Gewinn, sondern um Abwendung eines Schadens handelt, so geht diejenige vor, welche sich in der Lage befindet, worauf sie vermöge ihres Rechts Anspruch zu machen befugt wäre.

2) Den Fall, wo Rechte, ohne daß die Personen gegen einander auftreten, in einem dritten Object zusammentreffen, oder den Fall der s. g. indirecten Collision. Hier soll derjenige vorgehen, welcher rechtmäßig vor dem Andern in den Besitz

des Rechts gekommen sey.*) Treffe dies nicht zu, dann müsse bei theilbaren Rechten eine Theilung eintreten, bei andern könne nur das Loos entscheiden.

Zu 6) Im ersten Fall kann der minor nur wegen von ihm gemachter Leistungen, welche er von dem zum Ersatz verpflichteten Auftragsertheiler wegen Zahlungsunfähigkeit nicht wieder vergütet erhalten kann, auf sein privilegium aetatis provociren; außerdem aber nicht, weil sonst vielmehr dem Volljährigen, welcher den Schaden zu tragen hat, geholfen würde. l. 23. D. 4. 4. — Im zweiten Fall schützt das Privilegium der Minderjährigkeit nicht gegen Irrthum in der vorausgesetzten Habilität des gewählten Bevollmächtigten, der Minderjährige würde daher nur dann gehört werden, wenn die schädliche Handlung ausdrücklich von ihm aufgetragen war, und er vom Geschäftsbesorger die Entschädigung nicht erlangen kann; l. 23. D. 4. 4.

Zu 7) Keineswegs; auch dann nicht, wenn z. B. Jemandem das Privilegium zu einem Zweig der Fabrikation mit den Worten ertheilt worden ist: „daß außer dem Privilegirten Niemand in dem Ort dergleichen verfertigen dürfe.“ Glück II. §. 104.; Leyser Spec. VII. Med. 5.; idem Spec. X. Med. 4.

Zu 8) Diese Regel gilt nur von eigentlichen Collisions-, nicht von Concurrenzfällen, nämlich nur dann, wenn der Gebrauch der Rechtswohlthat von der einen Seite die Ausübung von der andern ganz oder zum Theil unmöglich machen würde. Leidet aber das Privilegium des Andern nicht unmittelbar, oder trifft es nicht gerade im nämlichen Fall mit jenem zusammen, so kann auch dessen Gebrauch

---

*) Schlayer a. a. O. S. 84. hält dagegen das prior tempore potior jure hier nicht für anwendbar, sondern den Grundsatz: lex posterior derogat priori, weil, indem mehrere Privilegien collidiren, mehrere Gesetze collidiren, mithin nicht von einer Collision der Rechte, sondern der Gesetze die Rede sey. Mit der Meinung Thibaut's stimmen dagegen Leyser Sp. X. Med. 11; Glück im Pand.-Comm. Th. II. §. 105. mit Beziehung auf Nov. 91. c. 1. und l. 12. §. 1. C. 8. 18., wo bei dem Zusammentreffen zweier Dotalprivilegien dem Alter der Vorzug gegeben wird, — dahin überein: collidiren Privilegien gleicher Stärke, so werde vermöge der jedem Privilegium stillschweigend innewohnenden Clausel salvo jure tertii das neuere dem ältern weichen müssen. — Heimbach a. a. O. S. 496. unterscheidet gleichfalls: ob die collidirenden Privilegien zu gleicher Zeit oder zu verschiedenen Zeiten ertheilt worden seyen. Im ersten Fall können beide Privilegirte nicht gegen einander ihr Privilegium ausüben, aber jeden Dritten von demselben ausschließen. Im zweiten Fall hat das ältere Privileg den Vorzug, weil das neuere zum Nachtheil des ältern gereichen würde, kein Privilegium aber den Rechten eines Dritten zuwider seyn darf. Vergl. c. 19. X. 2. 26.

nicht gehindert werden. Z. B. eine Frauensperson, welche sich bei einer Frauensperson für einen Dritten verbürgt hat, kann das Sct. Vellejanum ungehindert ausüben, l. 5. C. ad Sct. Vellej., wer in öffentlichen Geschäften abwesend war, kann die Restitution auch gegen den erlangen, welcher auf gleiche Weise abwesend war; l. 46. D. ex quib. causis majores etc., ein Minderjähriger wird auch gegen den Fiscus mit der Restitutionssuchung gehört, wenn gleich auch dieser jura minorum hat, l. 1. C. si adversus fiscum, eben so eine Kirche gegen die andere, C. 8. X. de praescr., desgleichen derjenige, welcher einen befreiten Gerichtsstand hat, z. B. der Geistliche gegen den Geistlichen der ihn bei einem weltlichen Richter belangen wollte, c. 1. X. de foro comp.; Glück Th. II. §. 105.

Daß der Satz: privilegiatus contra aeque privilegiatum jure suo non utitur, nur in dem hier erklärten Sinn zu verstehen sey, bestätigen die in Seuffert's Archiv Bd. I. H. 2. S. 159. angeführten Erkenntnisse des O.-A.-G. zu München und Stuttgart; s. Tafel Rechtssprüche Bd. I. H. 2. S. 164. bezüglich l. 11. §. 6. l. 34. pr. D. 4. 4.

Zu 9) Ja, z. B. das privilegium dotis kommt auch den Kindern der Ehefrau, die Restitution auch den Erben des minor zu Statten; l. 18. §. fin. l. 19. D. 4. 4. — l. un. C. 2. 34. — l. ult. §. 1. C. 8. 18. — cf. Mühlenbruch I. §. 82. not. 7.

Zu 0) Allerdings; pertinet enim ad omnes eos, ad quos ea causa spectat; l. 68. l. 196. D. 50. 17. Z. B. die Leichencassen können mit ihrem Vorrecht geltend gemacht werden nicht allein für das Begräbniß des Schuldners, sondern auch eines Dritten, welchen der Schuldner auf seine Kosten begraben zu lassen verbunden war; l. 17. D. 42. 5.

---

c) Auslegung der Privilegien.

1) Nach welcher Interpretationsart ist bei zweifelhaften Privilegien zunächst zu verfahren?
2) Was ist bei der logischen Interpretation vorzüglich zu berücksichtigen?
3) Steht nur dem Regenten die Auslegung eines zweifelhaften Privilegiums zu?
4) Wenn ein Privilegium auf Erben und Nachkommen mit verlautet, kann es auch auf andere Singular-Successoren gezogen werden? Sind insbesondere die im Privileg enthaltenen

Worte: „Erben und Erbnehmer" auch von Testamentserben zu verstehen?

5) Können unter Erben und Nachkommen auch Ascendenten und Seitenverwandte verstanden werden?

6) Können die mehreren Erben das Privilegium auch einzeln, Jeder für seine Person ausüben?

7) Ist das Jemandem für sich und seine Kinder gegebene Privileg auch auf die Enkel zu beziehen?

Zu 1) Hauptsächlich ist die grammatische Auslegung zu beobachten.

Zu 2) Nicht nur dürfen Rechtswohlthaten nie zum Nachtheil desjenigen ausgelegt werden, dessen Vortheil durch das Privilegium beabsichtigt worden ist, l. 25. D. 1. 3. — l. 6. C. 1. 14. — l. 19. C. 4. 21. — l. 17. §. 3. D. 13. 6., sondern es darf auch der Grundsatz der stricten Auslegung l. 12. D. 50. 4. — c. 35. pr. C. 3. 28. — c. 8. X. 3. 30. de decimis nie zu einer solchen Beschränkung führen, in deren Folge der Privilegirte sich des vollständigen Genusses nicht erfreuen könnte, vielmehr ist durch viele Gesetze plenissima interpretatio zur Regel gemacht, d. i. das Privilegium soll im vollsten Wortsinn genommen werden, so daß kein Fall, der noch unter die Worte desselben fällt, davon ausgenommen werden darf, wobei auch auf bisherigen Gebrauch und Herkommen Rücksicht genommen werden darf; l. 37. D. 1. 3. Analogie ist schlechterdings ausgeschlossen; s. Glück Th. I. §. 99. Die plenissima interpretatio findet übrigens ihre Grenze darin, daß wohlerworbene Rechte nie dadurch gekränkt werden sollen und das öffentliche Interesse darunter nicht leiden dürfe; arg. l. 6. C. 1. 22.

Zu 3) Die blos enunciative Bemerkung in l. 43. pr. D. 28. 6. u. l. 191. D. 50. 17. vindicirt die authentische Interpretation des Landesherrn nicht so absolut, daß Richter und Rechtsgelehrte sich der Auslegung gänzlich enthalten müßten; Glück Th. I. S. 550. not. 45; Thibaut System §. 47; Heimbach a. a. O. S. 499. und würde auch als eine publicistische Bestimmung h z. T. nicht verbindend seyn.

Zu 4) Der Begriff von Nachfolger ist ein anderer, als was man unter Nachkommen versteht, und darf daher nicht verwechselt werden; s. Glück a. a. O. S. 586. not. 59; Hommel Prompt. jur. pag. 1319. In den Worten: Erben und Erbnehmer müssen aber auch die Testamentserben begriffen werden; s. Müller Promt. jur. Vol. VI. sub voce: Privilegium no. 39.

Zu 5) Es werden unter Nachkommen blos Descendenten verstanden, es wäre denn, daß der Ertheiler des Privilegiums gewußt hätte, daß der Privilegirte gar keine Descendenten habe oder hoffen könne; denn dann gilt der Grundsatz, daß kein Wort ohne Bedeutung habe gebraucht werden wollen; Glück Th. I. §. 100. Leyser Spec. XI. Med. 1.

Zu 6) Durch die Pluralität der Erben können aus Einem Privilegium deren nicht mehrere gemacht werden, z. B. wenn der Erblasser zu einer Leinwandhandluhg privilegirt war, so kann nun nicht jeder einzelne Erbe für sich solche treiben; Müller l. c. no. 40.

Zu 7) Das römische Recht stellt in l. 201. u. 220. §. 1. D. 50. 16. — l. 48. D. 24. 3. ganz allgemein den Grundsatz auf, daß unter dem Ausdruck „Kinder" auch die Enkel und weiteren Descendenten zu verstehen seyen. Dagegen bemerkt Glück Th. I. S. 569., bei Erklärung deutscher Urkunden dürfe nicht der römische Sprachgebrauch des Worts „liberi" untergelegt werden. Indessen dürfte dagegen in Betracht kommen, daß die Römer ja doch für spätere Descendenten eigene Benennungen hatten, aber demungeachtet dem Worte liberi die ausgedehnte Bedeutung beilegten. Der §. ult. Inst. I. 14. hält auch, wie wir, den Unterschied zwischen Söhnen und Enkeln dergestalt fest, daß unter Ersteren nicht auch Letztere verstanden werden dürfen, unter dem Ausdruck „liberi" aber begreift der §. ult. dennoch auch die Enkel. Die Praxis hat sich daher wohl mit Recht dafür entschieden, im Zweifel die Enkel, wenn es den Vortheil der Kinder betrifft, unter dem Ausdruck „Kinder" begriffen zu erachten, wenn nicht ein entgegengesetzter Wille mit Grund anzunehmen ist; s. v. Hartitzsch Entscheidungen ꝛc. no. 228; Wernher Sel. obs. for. T. III. P. II. Obs. 352; Berger Oecon. jur. Lib. I. Tit. IV. th. III. not. 2; Hommel Rhaps. Vol. IV. Obs. 563; Gottschalk Disc. for. T. III. Cap. IV. pag. 58. u. 66. Daß ein auf die Nachkommen ertheiltes Privilegium auch denen in entfernteren Graden zu statten komme, ist unbezweifelt; l. 13. D. 50. 4., vgl. übrigens Bd. II. von Auslegung letztwilliger Verordnungen.

---

d) Vom Verlust der Privilegien.

1) Wann kann ein Privilegium aus Gründen aufhören, welche entweder in ihm selbst, oder in der Person des Privilegirten liegen? Hat auch der Tod des Concedenten darauf Einfluß,

und ist insbesondere der Regierungs-Nachfolger an die von seinem Vorfahren ertheilten Privilegien gebunden?

2) Wann kann der Regent ein Privilegium aus Regierungs-Rücksichten widerrufen und kann er es ohne Entschädigung?

3) Wann erlischt das Privilegium durch bloßen Nichtgebrauch?

4) Kann dem Privilegium stillschweigend entsagt werden?

5) Kann der Privilegirte sich durch die Entsagung auch von den mit dem Privilegium verbundenen Lasten losmachen?

6) Was hat die Entsagung eines Einzelnen auf das einer Communion ertheilte Privilegium für eine Wirkung?

7) Wenn gegen ein Privilegium der Einwand der Sub- und Obreption erhoben wird, wer hat zu beweisen?

Zu 1) Der Verlust des Privilegiums kann seinen Grund

a) in der Beschaffenheit desselben haben, wenn es auf Zeit oder Bedingung ertheilt war, und die fernere Erfüllung der Bedingung oder die fernere Erreichung seines Zweckes unmöglich geworden ist, s. Heimbach a. a. O. S. 500. — oder wenn es ad bene placitum ertheilt war, und nur im letzteren Fall hört es auch mit dem Tod des Concedenten auf, wenn der Regierungsnachfolger dasselbe nicht erneuern will. Ist dasselbe mit der Clausel ertheilt: „jedoch behalten Wir Uns den Widerruf jederzeit bevor," so hört das Privilegium zwar nicht von selbst auf, denn diese Clausel hat ihren Grund in einem öffentlichen Interesse, auf welches der Tod des Concedenten keinen Einfluß hat; aber natürlich hat, wenn ein solches eintritt, der Regierungsnachfolger dasselbe Widerrufsrecht, welches der Concedent hatte; s. Schlayer a. a. O. S. 92. Uebrigens ist der Regierungsnachfolger allerdings an die vermöge der Landeshoheit von seinem Vorfahren ertheilten Privilegien gebunden; c. 5. in VIto de rescr. 1. 3.; Glück Th. II. S. 33.

In der Person des Privilegirten kann die Erlöschung des Privilegs ihren Grund haben durch den Tod, wenn es einer physischen Person in persönlicher Art verliehen war, sowie durch Aufhören der juristischen Existenz einer moralischen Person z. B. mit dem Tod des letzten Mitglieds eines Collegiums, ferner durch gänzlichen Untergang der Sache, mit welcher das Privilegium verbunden war, wogegen bei blos theilweisem Untergang das Privilegium fortdauert, und seine Ausübung bei Ge-

bäuden, welche zerstört sind, nur bis zu deren Wiederherstellung, nach Analogie der Bestimmung der l. 20. §. 2. D. 8, 2. bezüglich der Servituten, suspendirt bleibt, endlich durch Aufhören derjenigen Eigenschaft des Privilegirten, durch welche das Privilegium bedingt ist.

Zu 2) In dem Willen der Staatsgewalt kann der Verlust begründet seyn durch dessen Zurücknahme, welche bei privilegiis gratiosis so wenig, als bei onerosis, willkürlich geschehen darf, indem der Privilegirte ein wohlerworbenes Recht erlangt hat. Indessen kommt hiebei folgendes in Betracht:

Es können sämmtliche zu einer gewissen Gattung gehörige Privilegien, z. B. Steuerfreiheiten, aus höheren Rücksichten durch ein allgemeines Gesetz aufgehoben werden; hiegegen steht dem Privilegirten kein Widerspruchsrecht zu; denn die gesetzgebende Gewalt ist in Aufhebung der besonderen Rechte und Privilegien durch allgemeine Gesetze eben so wenig beschränkt, als in Abänderung des gemeinen Rechts, wohl aber kann der Anspruch des Privilegirten auf Entschädigung begründet seyn, wenn der bisherige Inhaber dadurch einen unverschuldeten Schaden erleidet, oder für das Privilegium etwas bezahlt hat; s. Schmid Staatsrecht §. 67; Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. III. S. 297. Waren die gleichartigen Privilegien, welche durch ein allgemeines Gesetz aufgehoben werden, lediglich in der bisherigen Gesetzgebung und Landesverfassung selbst begründet, so kann eine Entschädigung der Privilegirten zwar durch die Billigkeit geboten seyn, aber nur durch die gesetzgebende Gewalt selbst bewilligt und regulirt werden; eine Klage auf Entschädigung vor Gericht ist nur in so weit statthaft, als sie auf privatrechtliche Titel begründet werden kann; s. Pfeiffer a. a. O. und Bd. I. S. 245. Die Zurücknahme des einem Einzelnen verliehenen Privilegiums, ungeachtet übrigens die in Frage stehende Gattung der Privilegien beibehalten wird, von Seiten der Staatsgewalt kann nur ausnahmsweise stattfinden: a) vermöge des jus eminens, wegen Unverträglichkeit der ferneren Beibehaltung mit dem Staatswohl und der Erreichung des Staatszwecks durch die Regierungsgewalt, wobei jedoch, namentlich bei der Erwerbung des Privilegs unter onerosem Titel, ein vor den Gerichten auszuführender Entschädigungsanspruch statthaft ist; und auch den Gerichten die Beurtheilung, ob der fragliche Regierungsact ein taugliches Mittel zu dem angegebenen Zwecke sey, s. Pfeiffer a. a. O. Bd. III. S. 295. 2c., sowie auch die Entscheidung über den zulässigen Einwand zugestanden werden muß, daß der Privilegirte bereits so viel Vortheil aus dem

Privilegium gezogen habe, daß das, was er dafür geleistet hat, völlig dadurch aufgewogen wird; s. Schmid a. a. O. §. 67.

Wenn die Regierung einem Unterthan ein Gewerbsprivilegium mit der Eigenschaft der Ausschließlichkeit verliehen hat, nachher aber doch einem Andern ein gleiches Privilegium ertheilt, so kann der hiedurch benachtheiligte frühere Privilegirte zwar nicht gegen den neuerlich Privilegirten, wohl aber gegen die Staatsgewalt, wenn kein gesetzlicher Rechtfertigungsgrund vorhanden war, klagen; denn nur zwischen ihm und der Staatsgewalt kann die Frage entschieden werden, ob das neue Privilegium wieder zurückgezogen, oder er als Besitzer des älteren Privilegs vom Staat entschädigt werden müsse; s. Habicht Erört. u. Entsch. Bd. I. S. 277. und das dort angeführte Erkenntniß des O.-A.-G. in Zerbst.

Die Entschädigungsfrage im Fall der aus Gründen des öffentlichen Wohls verhängten Aufhebung des Monopols gehört eigentlich dem öffentlichen Recht an, und nach Analogie der Expropriationsgesetze wird die Bestimmung der Entschädigung nur nach dem für das Monopol gemachten positiven Aufwand zu bemessen seyn; Schweppe röm. Privatr. Bd. I. §. 26; Hommel Rhaps. Obs. 469; Struben rechtl. Bedenken Th. II. no. 80.

War die Verleihung eines Privilegiums der Form oder dem Inhalt nach ungiltig, so können auch die dadurch an ihren wohlerworbenen Rechten verletzten Unterthanen auf Cassation des Privilegiums bei dem Regenten, anstatt früher bei den Reichsgerichten*) antragen; s. Heimbach a. a. O. S. 501; Schmid a. a. O. §. 67.

b) Wegen vertragswidrigen oder gesetzwidrigen Gebrauches zum Nachtheil des Staates kann die Einziehung des Privilegiums ohne Zweifel, nach vorgängiger Untersuchung durch die Gerichte stattfinden; can. 7. Dist. 74. — cap. 11. u. 24. X. de privil. — causa XI. qu. 3. can. 63; Glück Th. II. §. 109; Schmid a. a. O.; Mackeldey Lehrb. d. R. R. §. 191. Wenn Schlayer a. a. O. S. 93. dem Richteramt die Befugniß zur Entziehung eines Privilegiums bestreitet, so hebt sich dieses Bedenken dadurch, daß der Richter ja nur die Thatsache des Mißbrauchs zu untersuchen und zu entscheiden hat.

Zu 3) Das R. R. hat außer der für das Jahrmarktsprivilegium in l. 1. D. de nundinis 50. 11. vorgeschriebenen zehnjährigen Verjährung durch Nichtgebrauch gar keine Bestimmung über Verjährung

*) Welche selbst Regierungsacte der Reichsstände zu ihrer Cognition zu ziehen befugt waren.

affirmativer Privilegien, und dasselbe wird auch in Ansehung der negativen Privilegien gesagt werden können, indem die von Einigen hieher bezogene l. 2. D. de veteranis 49. 18. und l. 2. C. de his qui sponte 10. 43., vergl. Thibaut über Besitz und Verjährung §. 62., nur von Verzichtleistungen und deren Folgen zu sprechen scheinen, wie auch Glück Th. II. §. 110. und Dabelow über die Verjährung Th. II. §. 177. lehren. Das canonische Recht sagt über affirmative Privilegien nichts, hat aber über die Verjährung eines negativen Privilegiums, nämlich der Zehentfreiheit, zwei entscheidende Stellen, welche sie der Erlöschung durch Verjährung unterwerfen; c. 6. c. 15. X. de privil.; da sie aber nur von Kirchen sprechen, welche nur einem gleichförmigen Zeitraum der Verjährung unterworfen sind, so behauptet Thibaut a. a. O., die Zeit der Verjährung sey gesetzlich unentschieden, in der neuesten Ausgabe seines Systems des Pandectenrechts §. 1028. aber nimmt er die praescr. longissimi temporis an.

Dabelow a. a. O. §. 194. will bei affirmativen und negativen Privilegien einen zehnjährigen Zeitraum angenommen wissen, wo nicht ausnahmsweise, wie eben bei Kirchen, nur per longissimum tempus verjährt werden kann; v. Wening-Ingenheim Lehrb. Th. I. §. 30. (34.) nimmt für die negativen Privilegien bezüglich des canonischen Rechts schlechthin die 30—40jährige Verjährung an, die affirmativen unterwirft er den allgemeinen Grundsätzen der Verjährung.

Die herrschende Meinung geht dahin, daß auch in Ansehung der Privilegien nur die allgemeinen gesetzlichen Vorschriften gelten, welche nirgend einen Unterschied machen, ob das zu verjährende Recht auf diese oder jene Art erworben worden sey; s. Hufeland Handb. Th. I. S. 274; Fritz in der Zeitschrift für Civilrecht u. Proceß. Bd. IV. S. 201 ꝛc.; v. Vangerow Pandecten I. §. 116; Mühlenbruch Lehrb. §. 81; Reinhardt Ergänzungen zu Glück's Commentar I. S. 165; Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. I. §. 191; Schlayer a. a. O. S. 95; Wächter Würtemberg. Privatr. Th. II. S. 643. Man unterscheide demnach zwischen negativen und affirmativen Privilegien. Bei Ersteren, welche blos in einer Befreiung von lästigen Verbindlichkeiten bestehen, kann der Verlust durch Nichtgebrauch nur eine Folge der Adquisitivverjährung seyn, oder eines Quasibesitzes des andern, durch welche dieser das durch das Privilegium aufgehobene Rechtsverhältniß wiederherstellt.

Dieser wird also nach Unterschied der Person, gegen welche verjährt wird, entweder in 10—20 Jahren, oder z. B. gegen Kirchen erst in 40 Jahren ersitzen. — Affirmative Privilegien erlöschen durch

30jährigen Nichtgebrauch, vorausgesetzt, daß Gelegenheit zum Gebrauch vorhanden war, kein Hinderniß obwaltete, und Andern an dem Aufhören des Privilegiums gelegen war; s. Glück Th. II. §. 110. Unterholzner Verjährungslehre. Bd. II. ed. Schirmer, S. 43. u. Seuffert's Archiv V. 246. — Vergl. Steppes in Linde's Zeitschr. Bd. XIV. S. 126., welcher das cap. 6. und 15. X. 5. 33. blos von stillschweigendem Verzicht versteht. Strenger faßt das letzte Requisit Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. §. 30. (34.) nach der Analogie der Klagenverjährung: es müsse ein Grund vorhanden gewesen seyn, der zur Klage aufforderte (ex quo actio nata est), und darnach müsse auch bestimmt werden, ob das Privilegium ganz oder nur im Verhältniß zu bestimmten Personen und nur gegen diese verloren sey. —

Zu 4) Stillschweigende Aufgebung eines Privilegiums ist nur von dem einzelnen Fall zu verstehen, in welchem sich der Privilegirte desselben nicht bedient hat, so lange nicht noch ein anderer Grund hinzutritt, woraus ein gänzlicher Verlust des Privilegiums erwachsen kann; s. Glück Th. II. §. 110. not. 100.

Zu 5) Die mit dem Privilegium verbundenen Verbindlichkeiten werden im Allgemeinen durch den Verzicht auf dasselbe nicht aufgehoben; Wening-Ingenheim Bd. I. S. 82. Der Verzicht, welcher auch wohl factisch z. B. durch eine dem Privilegium widersprechende Handlung geschehen kann, s. l. 29. C. 2. 3. — c. 6. X. de privil. Hofacker Princ. jur. civ. T. I. §. 100. gilt nicht, wenn das Staatsinteresse einschlägt — oder wenn das Interesse eines Dritten concurrirt, z. B. der filiusfamilias kann sich des Sct. Macedon. nicht zum Nachtheil des Vaters begeben; ingleichen kann auf Standesprivilegien nicht von einzelnen Standesgliedern wirksam verzichtet werden; c. 12. X. (2. 2.) de foro comp. — J. H. Boehmer J. Eccl. Pr. II. §. 39—42.; und wenn ein Privilegium Mehreren gemeinschaftlich zusteht, so kann die Renunciation Eines Theilhabers den übrigen nicht schaden.

Zu 6) Es kann dem Ganzen nichts schaden, quod pluribus commune est, unius renunciatione interverti nequit; Glück Th. II. S. 36. not. 97.

Zu 7) Die Meinungen hierüber sind verschieden. Einige z. B. Boehmer J. Eccl. P. T. J. tit. 3. §. 11., halten den Impetranten zum Beweis der Richtigkeit seiner Causalien für verbunden, weil alle Privilegien unter der Clausel: si preces veritate nitantur, [l. 7. Cod. 1. 23.] auch schon stillschweigend zu verstehen seyen. Andere, z. B. Mühlenbruch Lehrb. I. §. 35., statuiren die Regel: der Excipient

[Impetrat] müsse beweisen, quia excipiendo reus fit actor, und dies um so mehr, als die Vermuthung gegen einen Betrug auf Seite des Impetranten streite. Der jüngste Reichsabschied §. 80. stellt es dem richterlichen Ermessen anheim, ob dem Kläger oder Beklagten der Beweis aufzubürden sey. [Für diese Mittelmeinung erklärt sich auch Thibaut im Archiv f. civ. Praxis Bd. XVII. No. 6.] Im Zweifel wird den Excipienten allerdings die Beweislast treffen; s. Glück Th. I. §. 97; Hofacker Princ. jur. civ. T. I. §. 115., zumal von Seite des Impetranten die Bescheinigung der Causalien, — ohne welche h. z. T. nicht leicht ein Privilegium ertheilt zu werden pflegt, — gewöhnlich schon vorangegangen ist. [Puchta Pand. §. 14.a. sagt: „Die richtige Ansicht ist: in Beziehung auf die Thatsachen, von denen die Entscheidung des Streits abhängt, bestimmt sich das onus probandi wie sonst; das Reskript ändert hierin nichts, weil es eben jene stillschweigende Bedingung enthält. Was der Impetrant bei dem Anbringen der Sache auf dem gewöhnlichen Wege hätte beweisen müssen, das muß er auch jetzt beweisen."]

Kapitel III.

Von den Mitteln, die Rechte gerichtlich zu verfolgen und zu vertheidigen.

§. 14.

I. Klagen.

1. Begriff und Eintheilung der Klagen.

1) Was verstanden die Römer gewöhnlich unter actio? und was wird h. z. T. gewöhnlich unter der Benennung: „Klage" verstanden?

2) Worin besteht der Unterschied zwischen act. in rem und in personam? — und was ist unter actio in rem scripta zu verstehen? Gibt es auch actiones mixtae?

3) Was für eine Art von Klagen versteht man unter der Benennung Condictiones und wie werden diese eingetheilt? —

4) Was versteht man unter Präjudicialklagen und werden dieselben zur Klasse der dinglichen oder persönlichen Klagen gerechnet?
5) Worauf beruht der Name und Begriff der actiones adjectitiae qualitatis? Ingleichen
6) der Unterschied zwischen act. universales (s. de universitate), generales und singulares?
7) Was versteht man unter act. directa und contraria, bei welcher Art von Rechtsgeschäften kommen beiderlei Klagen vor und welche Fälle sind in den Rechtsquellen als judicia duplicia bezeichnet?
8) Wodurch zeichnen sich die Interdicte von andern Klagen aus, und wie pflegt man sie einzutheilen?
9) Finden die possessorischen Interdicte ohne Unterschied auch bei Servituten statt? —
10) Sind sie auch auf deutsch-rechtliche Reallasten und Gütergerechtsame anwendbar?
11) Wie unterscheidet sich das possessorium summariissimum von andern possessorischen Klagen?
12) Müssen alle possessorischen Klagen in foro rei sitae angestellt werden?

Zu 1) Sie verstanden darunter mehr das Recht zur gerichtlichen Verfolgung, als das Mittel derselben, pr. J. 4. 6. — l. 51. D. de O. et A. 44. 7.*) — Daher auch actio nondum nata ist, wenn die

*) [Auf den römischen Begriff der actio bezieht sich der Streit zwischen Windscheid (Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts 1856. und die Actio Abwehr gegen Muther 1857.) und Muther (Zur Lehre v. d. römischen Actio, dem heutigen Klagrecht, der Litiscontestation und der Singularsuccession in Obligationen. Eine Kritik des Windscheid'schen Buches. 1857). Der Erstere stellt auf: die Actio des röm. Civilrechts sey nicht, was heut zu Tage unter Klage oder Klagrecht verstanden wird, ein Schutzmittel des verletzten Rechts, sondern vielmehr ein selbständiger Ausdruck des Rechts oder Rechtsanspruchs; m. a. W. actio sey nicht ein processualischer, sondern ein materieller oder civilistischer Begriff. Nach Muther dagegen sey die actio gewöhnlich als „Anspruch auf Ertheilung einer Formula" zu verstehen, und diesem Anspruch sey immer ein Recht zu Grunde liegend zu denken; der Verpflichtete zu jenem Anspruch aber sey „der Prätor als Träger der Justizhoheit des Staats", und somit habe man zwei ganz verschiedene Rechte, das eine privatrechtlicher, das andere publicistischer Natur. — Die Bedeutung dieses nicht in allen seinen Theilen klaren Streites ist keine unmittelbar praktische. Vergl. Kuntze in Schletter's Jahrbüchern, Bd. V. S. 1—16.]

Zeit der Erfüllung oder der Klagbarkeit noch nicht gekommen ist. H. z. T. bezeichnet man die Klage als dasjenige Rechtsmittel, wodurch man in Form eines Angriffs gegen einen bestimmten Gegner ein Recht verfolgt. — Die zu diesem Zweck an den Richter gerichtete Aufforderung wird durch Subsumtion bestimmter Thatsachen unter eine gesetzliche Norm begründet, um damit das entsprechende Urtheil des competenten Richters zu bewirken, und, wenn das fragliche Rechtsverhältniß nicht ursprünglich zwischen dem Kläger und dem Beklagten entstanden ist, die Legitimation zur Sache beigebracht.

Zu 2) Die Eintheilung der actiones in rem und in personam steht in einem natürlichen Zusammenhang mit der intentio der alten Klageformel, je nachdem diese dahin ging: rem meam esse, jus meum esse, oder auf ein dare, facere, praestare oportere, welche letztere immer gegen ein benanntes Subject gerichtet seyn mußte, während bei ersterer das Rechtsverhältniß nicht auf eine bestimmte Person beschränkt war; s. Corpus jur. civ. Ed. Schrader T. I. ad §. 1. J. 4. 6. — Heise und Cropp jurist. Abhandl. Bd. I. no. IX.; Thibaut Versuche Bd. II. no. 2.; Feuerbach civilistische Versuche no. 8. Dr. Du Roi im Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. VI. no. 14. und 18. Die wichtigste Gesetzesstelle über diesen Unterschied ist §. 1. J. 4. 6. Omnium actionum — summa divisio in duo genera deducitur: aut enim in rem sunt, aut in personam. Namque agit unusquisque aut cum eo, qui ei obligatus est, vel ex contractu vel ex maleficio, quo casu proditae sunt actiones in personam, per quas intendit, adversarium ei dare aut facere oportere, et aliis quibusdam modis, aut cum eo agit, qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam; quo casu proditae actiones in rem sunt, veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, et possessor dominum se esse dicat: nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est. cf. l. 25. pr. D. 44. 7. Gajus IV. §. 1—3.

Die actiones in rem umfassen den Schutz des Eigenthums und sonstiger dinglicher Rechte, des Erbrechts, l. 27. §. 3. D. 6. 1. — l. 25. §. 18. l. 49. D. 5. 3. — und des Familienrechts, oder jura status, §. 13. J. 4. 6. — welch' letzteres zwar Du Roi a. a. O. und mit ihm v. Vangerow in den Pandecten I. §. 113. in der Art bestreitet, daß nach ihm die Präjudicialklage eine eigene Art von Klagen bilden, dagegen neuerlich vertheidigt wird in v. Savigny System Bd. V. §. 207. 2c., s. auch Schilling, Lehrb. f. Instit. und Rechtsgesch. Bd. II. §. 104. u. Windscheid, die Actio (1856),

S. 8 ff., v. Keller, Pand. §. 79. und Bekker in s. Jahrbuch IV. S. 178. ff.

Die actiones in personam umfassen das ganze Gebiet des Obligationenrechts, actiones ex contractu vel delicto, vel quasi etc.

Es gibt jedoch auch persönliche Klagen, welche dennoch gegen einen unbestimmten Gegner, nämlich gegen jeden Besitzer der Sache, gerichtet werden können, ganz wie es in der Regel nur bei den actiones in rem der Fall ist. Diese Eigenthümlichkeit findet sich besonders bei der act. quod metus causa, und wird hier durch den treffenden Ausdruck act. in rem scripta charakterisirt, l. 9. §. 8. l. 14. §. 3. D. 4. 2. — indem die aus einem erzwungenen Rechtsgeschäft entspringende Forderung des Gezwungenen auf Herstellung seines vorigen Zustandes gegen jeden Besitzer gegeben wird. Andere Beispiele bieten dar: die act. ad exhibendum, obwohl eine persönliche Klage nach l. 3. §. 3. u. 15. D. 10. 4. doch gegen Jeden anwendbar, der zufällig in der Lage ist, die Sache exhibiren zu können; actio aquae pluviae arcendae, gleichfalls persönlich, geht gleichwohl (mit einiger Beschränkung) gegen jeden Besitzer, eben so das interd. quod vi, l. 6. §. 5. l. 12. D. 39. 3. — l. 5. §. 13. l. 7. pr. §. 1. D. 43. 24. — ferner die Noxalklagen nach der Regel noxa caput sequitur, §. 5. J. 4. 8., und die Klagen wegen Beschädigungen durch Thiere; l. 1. §. 12. D. 9. 1.; Höpfner Instit. Comm. §. 1097. u. 1098. Das interdict. quod legatorum ist, wie alle Interdicte, persönlich, geht aber doch gegen jeden Besitzer der Sache, welche der Legatar eigenmächtig in Besitz genommen hat; l. 1. §. 13. D. 43. 3. — l. 1. §. 3. D. 43. 1. — Auch die Klage auf Steuerreste geht gegen jeden späteren Besitzer des steuerpflichtigen Grundstücks, l. 7. pr. D. 39. 4; v. Savigny System Bd. V. §. 208.

Eine eigene Classe von Klagen unter dem Namen der act. mixtae kann wohl nicht angenommen werden. Du Roi im civilist. Archiv Bd. VI. S. 428.; v. Löhr Magazin Bd. IV. no. 2. In den Gesetzen kommt diese Bezeichnung vor bei der hereditatis petitio (s. Bd. II. von den Rechtsmitteln des Erben), und bei den drei Theilungsklagen §. 20. J. 4. 6. — l. 1. D. 10. 1. — l. 1. §. 1. C. 7. 40; Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. I. versteht darunter solche Klagen, welche auf den Schadensersatz und zugleich auf Bezahlung einer Privatstrafe gerichtet waren, wie die act. vi bonor. rapt. u. act. leg. Aquiliae.

Zu 3) Die Condictionen könnte man nach l. 25. pr. D. 44. 7. und l. 1. C. 8. 55. für ganz gleichbedeutend mit in personam actio-

nes ansehen, genau betrachtet sind sie aber doch nur eine Art der persönlichen Klagen, nämlich solche, deren Intentio auf ein dari oder fier gerichtet ist; §. 15. J. 4. 6. übereinstimmend mit Gajus IV. §. 5. Das Charakteristische der Condictionen liegt in der Regel in dem Zurückfordern eines aus unserem Vermögen ausgegangenen und in das Vermögen eines Andern übergegangenen Gegenstandes, wozu entweder ursprünglich ein wahrer Grund nicht vorhanden war, oder der vorhanden gewesene Grund aufgehört hat; s. v. Savigny System V. Beil. XIV.

Ob die condictiones zu den act. bonae fidei oder stricti juris gehören, ist bestritten; Glück Thl. XIII. S. 8. §. 820. und 885., welcher die Autoritäten für das Eine und Andere anführt, rechnet sie zu den ersteren; v Savigny a. a. O. deducirt, daß alle Condictionen stricti juris waren. Dies vorausgesetzt, und nach den beschriebenen Eigenschaften der Condictionen sind von deren Gebiet ausgeschlossen: alle act. bonae fidei, act. honorariae, act. in rem und alle Delictsklagen; s. v. Savigny Bd. V. S. 508. und 556. 567. ꝛc.

Die Haupteintheilungen der Condictionen sind hergenommen:

a) von ihrem Entstehungsgrund, welcher zum Theil namentlich in dem Gesetz bezeichnet ist, wie cond. indebiti, sine causa, ob causam datorum, ob injustam causam, ex causa furtiva, oder in den Gesetzen nicht eine besondere Benennung erhalten hat, welchenfalls sie schlechthin condictiones ex lege heißen; l. un. D. 13. 2. — l. 28. D. 48. 5. — §. 24. u. 25. J. 4. 6. l. 12. §. 1. in f. C. 3. 31. —

b) Von der nach ihren Wirkungen verschiedenen Klagformel derselben, je nachdem diese auf eine bestimmte Summe Geldes ging, c. certi, aut si certum petatur, l. 1. D. 13. 3 (daher certa intentio und certa condemnatio), oder auf eine andere in quali et quanto bestimmte Sache, wie die condictio triticiaria, wobei es dann gewöhnlich noch auf die Aestimation ankam (daher certa intentio, incerta condemnatio), oder endlich auf irgend einen Gegenstand außer dem Geben einer bestimmten Sache (wo also incerta intentio und incerta condemnatio nach der Formel: quidquid ob eam rem dare facere oportet, ejus Judex condemna). Beispiele s. l. 75. §. 7. D. 45. 1. — l. 4. pr. D. 22. 1. — l. 3. D. 12. 7. — l. 2. §. 4. D. 39. 5. — l. 12. D. 46. 2. — l. 68. D. 45. 1.

Zu 4) Das Eigenthümliche der Präjudicialklagen, welche zu den act. in rem gerechnet werden, weil auch durch sie etwas [gegen alle

Welt geltend gemacht und] vindicirt wird, s. §. 13. J. 4. 6. — vgl. l. 12. pr. D. 10. 4. — l. 40. §. 1. D. 29. 1. — indem sie auf Geltendmachung oder Leugnung eines status gerichtet sind, liegt darin, daß sie Rechte zum Gegenstand haben, welche Grundbedingung der Geltendmachung anderer Rechte sind, und daß sie daher, wenn gleich bei ihnen z. B. nur die Anerkennung des status ausgesprochen, oder eine Vorfrage entschieden wird, doch auch ein Präjudiz für die consecutiven Rechte erzeugen.

Zu 5) Sie sind persönliche Klagen, wie die andern actiones in personam; die doctrinelle Unterscheidung aus Veranlassung der l. 5. §. 1. D. 14. 1. liegt blos darin, daß ihre gesetzliche Benennung die besondere Qualität oder Causalität ausdrückt, in welcher die bestimmte Person klagbar, und der Verklagte eigentlich einem sonst Verpflichteten abjicirt wird; z. B. bei der actio institoria, welche, wenn gleich der Kaufvertrag mit dem Factor geschlossen war, dennoch gegen den Handlungsherrn gerichtet wird, steht Letzterer in der adjectitia qualitas, weil er den Factor instituirt hat; eben so bei der actio exercitoria der exercitor navis (Schiffspatron oder Schiffsrheder) zum magister navis (Schiffsverwalter, Capitän, Schiffer), mit dem ich contrahirt hatte.

Ein ähnliches Verhältniß ist bei der act. quod jussu, de peculio und tributoria, de in rem verso (und den römischen Noxalklagen).

Zuweilen versteht man unter der s. g. Adjection auch nur die nähere Bezeichnung des Grundes oder Zweckes der Klage; s. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. S. 97. u. Glück a. a. O. Thl. XIV. §. 876. z. B. bei der actio interrogatoria, cond. triticiaria, cond. de eo, quod certo loco, act. judicati, act. in fact. ex jurejur.*)

*) Andere Eintheilungen der Klagen sind als antiquirt zu betrachten, insbesondere auch die Eintheilung in act. stricti juris und bonae fidei, indem nach der deutschen Praxis alle Klagen nach dem Muster und der Analogie der b. f. act. behandelt werden; Glück Thl. IV. S. 254; v. Savigny System Bd. V. §. 224; Thibaut System §. 71. Ed. 8. Windscheid die Actio S. 25 ff. Die Eintheilung in act. civiles und honorariae hat nur einen historischen Grund und jene in act. perpetuae u. temporales hat ihre ursprüngliche Bedeutung dadurch verloren, daß h. z. T. selbst die perpetuae act. der Klagenverjährung unterworfen sind. Populares actiones kommen h. z. T. nicht mehr vor, weil die Gründe, aus welchen die Römer diese Rechtsmittel den Privaten gestatteten, zum Ressort der Polizei gehören; s. Heimbach a. a. O. S. 50. Ueber die Pönalklagen zum Unterschied von den act. rei persecutoriae; s. v. Savigny System Bd. V. §. 210., Windscheid, die Actio S. 23. ff. und Keller, Pandecten, §. 80. — Blos historische Bedeutung hat

Zu 6) Darin, daß entweder eine universitas juris [z. B. hereditas] l. 1. pr. D. 6. 1. (act. universalis), oder ein Inbegriff mehrerer Sachen, eine Mehrheit von Rechten und Verbindlichkeiten, die aus Einem Obligationsgrunde herstammen, wie die aus einer Societät, Vormundschaft oder andern Verwaltung entstandenen Ansprüche, s. l. 38. pr. D. 17. 2. — (act. generalis) oder endlich eine einzelne Sache, wohl auch eine universitas facti (act. specialis) Gegenstand der Klage seyn kann. Die Folgen der einen und andern sind in so ferne verschieden, daß eine Specialklage nur Einmal angestellt werden kann, eine Generalklage, z. B. act. tutelae, so oft sich neue Causalien finden, l. 2. C. 3. 1. — eine Universalklage eigentlich nur Einmal, doch aber einzelne Gegenstände der universitas vor und nach angestellter Universalklage actionirt werden können, l. 20. §. 4. l. 44. pr. D. 10. 2. — l. 2. C. 3. 1.

Zu 7) Bei Gegenseitigkeit von Rechten und Verbindlichkeiten aus demselben Geschäft (besonders bei zweiseitigen Verträgen) muß nothwendig jedem von beiden Theilen eine Klage zustehen, Jeder kann Kläger und Verklagter werden. Dann entstehen entweder zwei directae actiones (Hauptklagen), welche auf Erfüllung der im Rechtsverhältniß wesentlich liegenden Verbindlichkeiten gehen, z. B. beim Kauf und Verkauf, oder eine act. directa und contraria, wenn für den einen Inter=

---

auch die aus dem Wesen der formulae im röm. Actionenrecht entsprungene Distinction zwischen act. directa u. utilis. Der wesentlichste Theil der formula war die intentio, welche den Grund und die Bedingung der vom Kläger verlangten Entscheidung außdrückte. Die actio directa ist also diejenige, welche jener Formel oder den Fällen, für welche die Klage ursprünglich gegeben war, unmittelbar entspricht; allein man fand sich später häufig veranlaßt, die Klage auf neue Fälle auszudehnen und diese hieß dann act. utilis, s. l. 21. D. 19. 5. — quotiens deficit actio vel exceptio, utilis actio vel exceptio (danda) est, z. B. die Erbschaftsklage als actio directa war eigentlich nur dem heres gegeben, später erhielt sie auch der bonorum possessor und der fideicommissarus. Der Ausdruck actio utilis bezeichnet daher die durch das praktische Bedürfniß herbeigeführte Erweiterung eines Rechtsinstituts, und da zufolge dieser Erweiterung manche zur directen Klage nach dem bestehenden Recht erforderliche Bedingungen und Voraussetzungen durch Fiction supplirt werden mußten, so heißen sie auch fictitiae actiones Aehnliche Beschaffenheit hat es mit den act. in factum und praescriptis verbis. So wurden nämlich bei den Römern alle diejenigen Klagen genannt, welche keinen besondern Namen und keinen ein für allemal bestimmten Gegenstand hatten, l. 1. pr. l. 2. l. 3. l. 11. D. 19. 5. — l. 25. §. 1. D. 44. 7. — l. 12. D. 2. 4. — Mehreres hierüber s. Heimbach in Linde's Zeitsch. Bd. XI. S. 285. und v. Savigny, System, Bd. V. §. 215.

effenten eine wesentliche, für den andern nur eine zufällige Verbindlichkeit geltend gemacht wird, welche z. B. durch Verwendungen, Verschulden ꝛc. erwachsen ist. — Actiones contrariae kommen in dem Justinianischen Recht namentlich vor bei der act. depositi, commodati, tutelae, negotiorum gestorum, mandati, pignoratitia.

[In einer Anzahl von Fällen vereinigt jede Partei beide Parteirollen, die des Klägers und die des Beklagten in sich, so daß jede in die Lage kommen kann, verurtheilt zu werden, ohne Unterschied, wer die Initiative der Rechtsverfolgung ergriffen hatte. Diese Klagen heißen daher actiones duplices oder judicia duplicia; einmal in l. 37. §. 1. D. 44. 7. werden sie auch als mixtae actiones bezeichnet. Zu ihnen gehören die drei Theilungsklagen, die interdicta utrubi u. uti possidetis. Unter gewissen Umständen entsteht jedoch auch bei ihnen das Bedürfniß einer formellen Feststellung der Beklagtenrolle, namentlich zum Zweck einer erforderlichen Beweisauflage; solchenfalls gilt als Kläger, wer zuerst das Gericht angerufen hat oder, falls beide dies gleichzeitig gethan haben, wer durch das Loos erwählt wird: l. 13. 14. D. 5. 1; — l. 2. §. 1. D. 10. 3. v. Savigny System Bd. V. S. 152., Sintenis pract. gem. Civilr. Bd. I. S. 258. der II. Aufl.]

Zu 8) Durch den Gang des Verfahrens zeichnen sich die Interdicte*) aus, indem man h. z. T. darunter summarische Klagen zum Zweck eines außerordentlichen richterlichen Schutzes zu verstehen hat. Sie werden in int. exhibitoria, restitutoria und prohibitoria eingetheilt, nach der Formel, welche der Prätor in den zu seiner außerordentlichen Hilfe geeigneten Fällen brauchte; exhibeas — restituas — vim fieri veto. [Vgl. K. A. Schmidt, das Interdictenverfahren der Römer. In geschichtlicher Entwickelung. 1853. S. 1. ff. 31. ff. v. Keller, Pandecten §. 81.] Sie können sich

a) auf öffentliche, das heißt dem Menschen als Glied der kirchlichen oder Staatsverbindung unmittelbar zustehende Rechte beziehen (interd. publica), z. B. de locis et itineribus publicis — de fluminibus publicis etc., welche aber h. z. T. meistens Gegenstände

---

*) Von interdicere; denn ursprünglich waren es blos verbietende Verfügungen, später wurde der Ausdruck auch auf die gebietenden (sonst decreta) erstreckt, welche in Rom der Prätor, in den Provinzen der praeses provinciae erlassen konnte, ohne erst einen judex zu bestellen, wenn es um des öffentlichen oder eines Privatinteresse willen darauf ankam, einen factischen Zustand schleunig zu ordnen, oder Gefahr und Störung der rechtlichen Ordnung abzuwenden: pr. J. 4. 15.

des polizeilichen Schutzes geworden sind; s. W. H. Puchta über die gerichtl. Klagen. §. 26. u. 165. ꝛc. — oder

b) auf das Privatvermögen (res familiaris), zum Schutz gegen schädliche Eigenmacht, insonderheit in Betreff des Besitzes. In letzterer Beziehung zerfallen sie in interd. adipiscendae, retinendae und recuperandae possessionis. Tigerström über den Rechtsgrund der sog. possessorischen Interdicte, im Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. XXII. S. 31., v. Savigny, Recht d. Besitzes, §. 37. Sind sie beides zugleich — adipiscendae et recuperandae, — so heißen sie interd. duplicia, l. 2. §. 3. in f. D. 43. 1. Die letztere Bezeichnung kommt aber auch denjenigen Interdicten zu, welche — wie bei den interdictis retinendae possessionis der Fall ist — in demselben Verhältniß stehen, wie die oben erwähnten judicia duplicia, z. B. interd. uti possidetis und utrubi, indem in deren Folge nicht nur der Beklagte, sondern auch der Kläger condemnirt werden kann, wenn sich nämlich findet, daß der Beklagte wirklich besitzt, oder wenn der Kläger vi oder clam oder precario den Besitz vor dem Beklagten erlangt hat; l. 3. pr. §. 1. u. 5. D. 43. 17. — §. 7. J. 4. 15. Schilling Lehrb. Bd. II. §. 143.

In Hinsicht der Dauer werden sie eingetheilt in annalia (einjährige Dauer) und perpetua — letzteres aber nur im neuern Sinn der perpetuae actiones, und ersteres mit der Modification, daß nach Ablauf des Jahrs noch in so ferne eine Klage zugelassen wird, als sich der Beklagte durch die in Frage stehende Handlung bereichert hat; l. 4. D. 43. 1. — l. 1. pr. D. 43. 16.

Zu 9) *) Die allgemeinen possessorischen Interdicte könnten der Theorie nach nur bei persönlichen Servituten, eben so wie bei dem gestörten oder entzogenen Besitz körperlicher Sachen, Anwendung finden, weil nur bei ihnen ein körperlicher Besitz möglich ist, nämlich bei der serv. usus, usus fructus, habitationis, und außerdem bei dem jus superficiarium, für welches aber ein besonderes interd. de superficiebus gegeben ist. Bei den Prädial-Servituten aber finden keine interdicta recuperandae, interdicta retinendae aber nur mit dem Unterschied statt, je nachdem die Servitut eine affirmative oder negative ist; s. Puchta

---

*) Heerwart von der quasi possessio und den damit verbundenen possessorischen Rechtsmitteln, in Linde's Zeitschr. Bd. XII. S. 143. und 283. Duncker in Reyscher's Zeitschr. für germanisches Recht Bd. II. H. 2. S. 31. u. 89; Mittermaier gem. deutscher bürgerl. Proceß. Beitrag 4. S. 325.

Ed. II.

a. a. O. S. 116. Dem Servitutrecht entspricht nämlich von Seiten des dienenden Guts entweder

A. ein Leiden (patiendo), oder

B. ein Unterlassen (non faciendo).

Zu A. sind die zu duldenden Handlungen

a) entweder von der Art, daß durch äußere stabile Veranstaltungen das dienende Grundstück in unmittelbare Abhängigkeit vom herrschenden gesetzt wird, wie bei der serv. oneris ferendi, tigni immittendi, aquaeductus etc. oder

b) von der Art, daß die zu duldenden Handlungen zwar in Beziehung auf das herrschende Grundstück vom Servitutberechtigten vorgenommen werden, aber nicht in einer äußerlich sichtbaren Verbindung mit demselben stehen, wie z. B. die Weggerechtigkeit, das Weiderecht ꝛc.

Hiernach ergeben sich für die Anwendbarkeit der possessorischen Interdicte auf die dinglichen Servituten folgende Grundsätze:

Bei den affirmativen Servituten zu A. a., welche sich auch als servitutes continuae charakterisiren, findet das interd. uti possidetis ohne Zweifel Anwendung, aber kein interd. recuperandae poss., weil hier der Besitz der Servitut nie entzogen werden kann, so lange der Besitz des praedii dominantis dauert. Eben so auch zu B. bei den negativen Servituten. Indessen kann sich hier der Gestörte auch des interd. quod vi aut clam, und wohl noch vortheilhafter bedienen, wenn der Servitutpflichtige etwas Nachtheiliges gegen sein Servitutrecht auf eigenmächtige oder versteckte Weise unternommen hat.

Bei den affirmativen Servituten der zweiten Art A. b. (discontinuae) hat die Sache mehr Schwierigkeit. Daß die interdicta recuperandae poss. bei ihnen nicht anwendbar sind, ist unbezweifelt nach l. 4. §. 27. D. 41. 3. — Auch hat v. Savigny die Unstatthaftigkeit des interdictum de precario dargethan im Recht des Besitzes §. 46. Die Zulässigkeit des interd. uti possidetis ist bestritten. Für die wichtigeren Servituten dieser Art sind eigene Interdicte mit der Wirkung von Besitzklagen, veluti possessoria, l. 20. D. 8. 1. — gegeben, namentlich das interd. de itinere actuque privato, de itinere actuque privato reficiendo, de aquaeductu, wovon die interd. de aqua quotidiana et aestiva und de reficiendis rivis Unterarten sind, interd. de fonte und de fonte reficiendo und interd. de cloacis. Da bedarf es also nicht weiter des interd. uti possidetis.

Bei den minder wichtigen dürfte anzunehmen seyn, daß es nicht nöthig erachtet wurde, den Streit über den Besitz von dem über das

Recht zu trennen; Puchta über die gerichtlichen Klagen §. 49. u. 50. Die Praxis hat sich jedoch dafür entschieden, daß das int. uti possidetis bei allen Real-Dienstbarkeiten zuläßig sey, für welche keine eigenen Interdicte gegeben sind.*) Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. II. §. 297. Glück Thl. X. §. 685. S. 209. Thibaut im Archiv für civil. Praxis Bd. I. S. 111. rc. Höpfner Instit.-Comm. §. 1219. Vgl. l. 8. §. 5. D. 8. 5. — l. 3. §. 6. D. 43. 17. — l. 20. in f. D. 8. 1. —

Zu 10) Auch bei diesen Gerechtsamen hat schon die reichsgerichtliche und sofort auch die spätere Praxis das interd. uti possidetis utiliter in Anwendung gebracht; s. Puchta a. a. O. und die dort angeführten Autoren Voet, Carpzov, Lauterbach, Brunnemann, Stryck, Glück, Mühlenbruch; — vgl. Duncker über den Quasibesitz der auf Grund und Boden radicirten eigenthümlich deutschen Rechte und den possessorischen Schutz derselben in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. II. H. 2. S. 26., allein die großen Schwierigkeiten, welche sich aus der eigenthümlichen Natur des Quasibesitzes der deutschrechtlichen Reallasten bei Anwendung der possessorischen Interdicte ergeben, lassen sich wohl nur durch Aufstellung bestimmter, aus der Analogie der im römischen Rechte für einzelne (gleich den Reallasten durch von Zeit zu Zeit vorkommende Handlungen ausgeübte) servit. discontinuae, insbesondere der für die Wege und Wasserrechte gegebenen possessorischen Interdicte sich ergebenden Grundsätze lösen. Zwar wendet dagegen Duncker a. a. O. Bd. II. H. 2. S. 80. rc. ein: zwischen jenen Servituten und den deutschen Realgerechtsamen bestehe der erhebliche Unterschied, daß dort die Ausübung durch eine Handlung des Berechtigten, hier aber durch eine Handlung des Pflichtigen geschieht, aber zur Analogie wird nicht geradezu Gleichheit der factischen Verhältnisse erfordert. Es dürfte daher unbedenklich jenen leitenden Grundsätzen zu folgen seyn, deren Entwicklung wir den gründlichen Abhandlungen von Heerwart in

---

*) Für die Zulässigkeit des interd. uti possidetis, — von welchem beiläufig zu bemerken ist, daß es durch Ablauf eines Jahrs von Zeit der Störung nicht in der Hauptsache schon, sondern nur bezüglich der Kosten und Schäden verjährt, s. l. pr. D. 43. 17. — zur Abwehr von Dienstbarkeits-Anmaßungen hat sich auch ein Erkenntniß des O.-A.-G. in München ausgesprochen; s. Seuffert u. Glück Bl. f. R.-A. Bd. XIII. S. 158. vgl. Bd. XIV. S. 128. Der Implorant hat übrigens blos das factum der Störung seines aus dem Eigenthumsrecht fließenden Besitzes und nichts weiter zu beweisen, l. 8. §. 3. D. 8. 5. Seuffert Erörter. II. no. 16. Richter Auff. über verschiedene Rechtsfragen no. 64.

Linde's Zeitschr. Bd. XII. S. 322. und Seuffert u. Glück in den Blättern für Rechtsanwendung Bd. VI. S. 37. u. 52. rc. entnehmen.

Der Gebrauch des possessorium ordinarium ist

a) bei solchen Rechten, deren Ausübung in jedem Theile des Jahres vorkommen kann, z. B. bei in dieser Hinsicht unbeschränkten Frohnrechten — dadurch bedingt, daß noch in dem Jahre vor Anstellung der Klage Ausübungshandlungen, wenigstens eine, vorgekommen sind.*)

b) Bei Leistungen, welche alle Jahre nur einmal an einem bestimmten Tage oder in einem sonst bestimmten Zeitraum zu geschehen haben, ist die Besitzklage ausgeschlossen, sobald nach der letzten geschehenen Leistung die zweite Leistungszeit herangekommen ist.**) Wer also 1840 einen Zehnten erhoben, am Martinstage Zinsgänse erhalten hat, muß, wenn die Zehent- und Zinspflichtigen 1841 mit ihren Leistungen zurückbleiben, vor der Erndte resp. vor dem 11. Nov., des Jahres 1842, Klage in poss. ordin. erheben. — Ist für jährliche Leistungen gar keine Zahlungszeit bestimmt, so wird der letzte Augenblick des Jahrs als derjenige betrachtet, wo die Leistung geschehen muß. Wer also 1840 noch einen solchen Zins erhielt, wenn auch im Anfang oder in der Mitte desselben, kommt noch zur rechten Zeit, wenn er am letzten Tag des Jahres in possess. ordin. klagt. — Hat etwa der Zinsmann den zum Martinstag 1840 fällig gewordenen Zins erst später z. B. im December 1841 entrichtet, so ist die Besitzklage statthaft, wenn sie nur vor dem 11. Nov. 1843 erhoben wird.

c) Bei Reallasten, welche nicht in bestimmten Zeiträumen, sondern nur bei gewissen Gelegenheiten zu leisten sind, z. B. Baufrohnen, Handlohn, kann der Schutz der Ausübung nicht mehr angesprochen werden, sobald nach der letzten geschehenen Leistung die zweite Gelegenheit erschienen ist, sey es nun, daß der Be-

---

*) Vgl. fr. 1. pr. §. 3. de itinere (43, 19.); fr. 1. pr. de aqua quot. (43, 20); fr. 1. §. 9. de rivis (43, 21); fr. un. pr. §. 5. de Ponte (43, 22). Wenn bei dem interd. de itinere dreißigmalige Ausübung im letzten Jahre gefordert wird, so ist dies eine zur analogen Anwendung nicht geeignete Besonderheit, welche sich daraus erklärt, daß zur Ausübung der serv. itineris das ganze Jahr hindurch täglich, ja stündlich Gelegenheit vorhanden seyn kann; Heerwart a. a. O. S. 182. ff.

**) Arg. fr. 1. §. 29, 33, 34, 35, 46. de aqua quotid. (43, 20).

rechtigte bei der ersten den Pflichtigen gar nicht ohne Erfolg zur Leistung gemahnt hat.

In allen diesen Fällen handelt es sich bei der Berücksichtigung des Zeitablaufs nicht von einer exceptio praescriptionis, sondern von einem zum Klaggrunde gehörigen Umstande, d. h. die Ausübung in der angegebenen Zeit muß in der Klagschrift behauptet werden.

Zu 11) Dieses durch die Reichsgesetze und den Gerichtsgebrauch eingeführte Mittel, dem schnellen Verfahren in possessorio mit einem noch schnelleren zu Hülfe zu kommen, ist, indem es wesentlich die Gefahr besorglicher Thätlichkeiten voraussetzt, eine mehr polizeilich provisorische Maßregel in den Händen des Richters. Dieser sollte befugt seyn, den Gegenstand zu sequestriren, oder beiden Theilen die Ausübung des Besitzes zu inhibiren, hernach aber ohne processualisches Verfahren, über die momentanea possessio, unbeschadet des Besitzrechts zu erkennen. Das poss. summarissimum kann daher nur in den Fällen des interd. uti possidetis Anwendung finden. — Mehreres s. Bd. II. von den Rechtsmitteln in Betreff des Besitzes.

Zu 12) Das possessorium summarissimum allerdings, auch das interd. recuperandae possess., s. l. un. C. 3. 16. — im Uebrigen hat der Kläger die Wahl zwischen dem foro rei sitae oder domicilii, nach dem Gerichtsgebrauch (Glück Thl. VI. §. 515.) auch bei Real- und possessorischen Klagen, l. 50. pr. u. §. 2. D. 5. 1. — Indessen behaupten Manche das Gegentheil wegen l. 38. D. 5. 1. — Andere wollen nur bei unbeweglichen Sachen das forum rei sitae absolut, bei beweglichen aber nur electiv mit dem foro domicilii statuiren. Cujacius Lib. V. Observ. cap. 19., dagegen l. 19. §. 4. D. 5. 1. u. c. 17. X. de foro comp. dafür spricht, daß das forum domicilii in der Regel mit allen besondern Gerichtsständen electivisch concurrirt.

---

§. 15.

2. Eigenschaften und Erfordernisse der Klagen.

1) Welches sind die wesentlichen inneren Erfordernisse einer Klage?
2) Was versteht man unter fundamentum agendi proximum und remotum?
3) Muß bei jeder Klage auch der entfernte Klaggrund angegeben werden?

4) Welche Folge entsteht bei dinglichen Klagen aus der Angabe des nächsten oder allgemeinen Klaggrunds für die Möglichkeit einer neuen Klagstellung nach erlittener Abweisung der ersten Klage?
5) Kann bei einem und demselben Rechtsverhältniß immer nur eine Partei oder können auch beide Parteien Kläger und Beklagte zugleich seyn, und in welchen Fällen?
6) Muß in der Klage auch jede damit verbundene Nebenforderung geltend gemacht werden, oder kann dies durch eine eigene Klage geschehen?
7) Kann und soll der Richter die Nebensachen dem Kläger auch unverlangt zuerkennen?
8) Muß auch der Rechtssatz, welcher nach dem Verlangen des Klägers zur Herrschaft gebracht werden soll, oder der Rechtsgrund besonders angegeben werden?

Zu 1) Ein bestimmtes klagbares Recht (causa, fundamentum agendi), l. 14. §. 2. D. 44. 2., wobei, wenn der Mangel der Klage blos aus dem römischen Formularrecht herrührt, h. z. T. der Grundsatz gilt, ubi jus non deest, nec actio deesse debet, hiernächst aber erfordert wird, daß alle Momente der Klage schon zur Existenz gekommen seyen (ut actio nata sit), nämlich daß ein Recht, und zwar ein gegenwärtiges vorhanden, und daß die Rechtssphäre wirklich verletzt oder gefährdet sey*), endlich, daß die Klage dem bestimmten Indivi-

*) v. Savigny System Bd. V. S. 6. scheint zwar absolut eine Rechtsverletzung als nothwendige Bedingung einer anzustellenden Klage zu erfordern. Er nimmt aber auch den Begriff von Rechtsverletzung in einem weitern als dem gewöhnlichen Sinn, indem er sagt: die Rechtsverletzung kann in verschiedenen Gestalten erscheinen; — es kann nämlich bald das Daseyn des Rechts von dem Gegner verneint, — bald auch ein blos factischer Eingriff in das unbestrittene Recht eines Andern versucht werden. Dafür, daß auch im ersteren Fall geklagt werden könne, wenn auch nur auf die Anerkennung des Rechts, scheint, ungeachtet der entgegengesetzten Meinung Höpfner's in den Beiträgen zur civilgerichtl. Praxis Bd. II. S. 29. Nr. VI., die Praxis angeführt werden zu können; Gottschalk Discept. for. Ed. II. T. III. Cap. XII. führt mehrere Präjudicien des k. sächs. Apellationsgerichts an, in welchen die Zulässigkeit einer Klage auf Anerkenntniß künftiger Rechte wenigstens als Regel angenommen wurde. In Hufnagel's Mittheilungen aus der Praxis der Würtembergischen Gerichte N. F. Heft 1. finden wir folgenden Fall entschieden: die Gemeinde A. klagte gegen den kgl. Fiscus blos auf Anerkennung einer Holz-

dum gegen das bestimmte Individuum zustehe (Activ- und Passivlegitimation); übrigens wird zu jeder Klage — weil es schon zum Begriff eines Rechts gehört, ein vernünftiges Interesse erfordert.

Zu 2) Unter dem nächsten oder allgemeinen Klaggrund versteht man das Recht, welches den Grund der Klage ausmacht, z. B. in actionibus realibus: ajo meum esse, ago jure servitutis, jure pignoris — in actionibus personalibus: ago ex contractu, quasicontractu etc., unter dem entfernten oder besondern Klaggrund versteht man den Entstehungsgrund des fraglichen Rechts z. B. in act. realibus: titulum dominii, servitutis, pignoris; in personalibus actionibus den speciellen Contract; Puchta im rhein. Museum Bd. II. S. 253. — Brackenhöft über den Begriff und die Eintheilung des Klaggrundes in Linde's Zeitschrift Bd. XI. S. 175.

Zu 3) Bei persönlichen Klagen versteht es sich wohl von selbst, daß man das Recht von einem bestimmten Entstehungsgrund nicht trennen kann; bei den act. in rem hielt man das ajo meum esse sonst für genügend, so daß also der Kläger sich blos auf Eigenthum, Servitut, Erbrecht und dergl. berufen konnte, ohne den besondern Entstehungsgrund anzuführen; nach der neuern Proceßpraxis kann er aber allerdings auch bei dinglichen Klagen dazu angehalten werden; vergl. W. H. Puchta über die gerichtlichen Klagen §. 14; Glück Thl. III. §. 281; v. Langenn und Kori Erörterungen Thl. I. S. 98. Vgl. G. F. Puchta über die expressa causa bei der Eigenthumsklage im rhein. Mus. Bd. III. S. 222. — Brackenhöft daselbst S. 254.

---

gerechtigkeit zu Bauholzbezügen. Aufgefordert, ein gegenwärtiges Interesse nachzuweisen, bewies sie, daß die Nothwendigkeit einer abermaligen Erweiterung ihres Schulhauses oder ein Neubau desselben in naher Zeit eintreten werde, bis zu welcher die Klage auf Anerkennung ihrer Gerechtigkeit nicht im Anstande gelassen werden könne. Der Gerichtshof erkannte, daß die Klägerin, welcher die von ihr behauptete Holzgerechtigkeit negirt werde, sich schon jetzt als in ihrem Rechte beeinträchtigt ansehen, und jetzt schon unzweifelhaft auf den Grund dieser Negation die confessorische Klage anstellen könne. — Auch in Seuffert's Pandectenrecht, in Sarwey's Monatsschrift Bd. XVI. S. 177. und v. Bayer in der Theorie der summarischen Processe §. 53. not. 18. der 5. Aufl. wird das Recht, aus einem Vertrag, wenn derselbe vom anderen Theil entschieden abgeleugnet worden ist, schon vor dem Verfall der darin stipulirten Verbindlichkeiten auf deren Anerkennung zu klagen, vertheidigt. — Daß, wenn ein Contrahent seiner Seits die Absicht, vom Vertrag zurückzutreten, unzweideutig zu erkennen gegeben hat, die sofortige Einklagung der ganzen Gegenleistung, auch soweit sie erst künftig fällig wird, gerechtfertigt ist, arg. l. 24. §. 2. l. 55. §. 2. D. 19, 2. findet man eben so unbedenklich, s. Bd. II. dieses Werks, von den Wirkungen der obligatio.

Zu 4) Da die Erwerbung des Eigenthums oder eines andern dinglichen Rechts aus verschiedenen Gründen möglich ist, so ist hier wiederholte Klage aus einem andern Grund zulässig, wenn die erste nur aus dem besondern ihr unterstellten Grund abgewiesen worden ist; l. 14. §. 2. D. 44. 2. — l. 11. §. 2. D. eod. l. 3. de sent. et re jud. in Vlto. (2. 14). G. F. Puchta im rheinischen Museum Bd. II. S. 251; Glück a. a. O.; W. H. Puchta über die gerichtl. Klagen §. 35.

Zu 5) In der Regel nur Einer, doch können ausnahmsweise, insonderheit bei den Theilungsklagen und nach Umständen bei dem interd. uti possidetis auch beide Theile Kläger und Beklagte zugleich seyn, daher die Benennung judicia duplicia kommt; l. 3. §. 3. D. 10. 2. — §. 7. J. 4. 15. — l. 10. D. 10. 1. — l. 13. l. 14. D. 5. 1. — l. 37. §. 1. D. 44. 7.

Zu 6) In der Regel ist die Klage ad omnem causam zu richten, nämlich auf Alles, was man ohne die eingetretene Störung haben würde; l. 17. §. 1. l. 20. D. 6. 1. — l. 31. D. 12. 1. — l. 35. l. 246. §. 1. D. 50. 16. — §. 3. J. 4. 17. Daher die Nebensache, als Früchte, Zinsen, Schäden und Kosten eingebüßt werden, wenn sie im Urtheil übergangen sind, oder die Hauptklage erloschen ist. Nur ausnahmsweise gestatten die Gesetze in bestimmten Fällen eine eigene Klage auf bestimmte Nebenforderungen (quae in obligatione sunt.) l. 17. §. 1. l. 79. D. 6. 1. — l. 18. D. 44. 1. — l. 1. C. 3. 1. — l. 3. C. 4. 9. —

Zu 7) Allerdings; in officio judicis sunt; doch versteht sich dies nicht von vertragsmäßigen, sondern nur von Legalzinsen, z. B. von Verzugszinsen.

Zu 8) Jura noscit curia. Nur ausnahmsweise ist die Angabe des Rechtsgrunds durchaus nothwendig, wenn der Kläger seinen Anspruch aus einem Privilegium ableitet, oder aus einem auswärtigen Recht, oder einem einheimischen particulairen Gewohnheitsrecht, welches nicht dem Bezirk des angerufenen Richters angehört.

---

§. 16.

3. Zwang zur Klage.

1) Kann man zur Klagstellung gezwungen werden?
2) Welche Fälle der generellen und speciellen Provocation statuirt das R. R. und der Gerichtsgebrauch?

3) Ist das Rechtsmittel der Provocation ausgeschlossen, wenn man durch eine gewöhnliche Klage zum Zweck gelangen kann?
4) Kann man auch zur Confessorien- oder Negatorienklage provocirt werden?
5) Ist das Klagrecht verloren, wenn die auf erhobene Provocation innerhalb des Präjudicialtermins eingekommene Klage angebrachtermaßen abgewiesen worden ist?

Zu 1) In der Regel nicht; l. un. C. 3. 7. — Ausnahmsweise lassen sich jedoch Fälle denken, wo nämlich Jemand zur Erfüllung einer Amtspflicht oder einer contractmäßigen Verbindlichkeit genöthigt werden kann, zum Besten eines Andern wider einen Dritten zu klagen; l. 5. §. 12. D. 13. 6. — l. 13. §. 30. D. 19. 1. — l. 60. §. 5. D. 19. 2. — l. 2. pr. D. 14. 2. — l. 22. C. 8. 54.

Zu 2) Die generelle Provocation billigt das R. R. nur bei dem Verkauf einer Sache, rücksichtlich der anwesenden Pfandgläubiger l. 6. C. 8. 26; Schweppe röm. Privatr. Bd. I. §. 184a. (s. übrigens in Betreff des Zwanges zur Beendigung eines angefangenen Processes Nov. 112. c. 3.), der Gerichtsbrauch aber auch in mehreren anderen Fällen in Folge von Edictal-Citation, z. B. bei jeder Veräußerung von Grundstücken, bei Errichtung von Hypothekenbüchern, Mortification von Urkunden, Regulirung von Erbschafts- und Debitmassen.

Specielle Provocationen sind durch Usual-Interpretation der l. diffamari 5. C. de ingenuis manumissis und aus der l. Si contendat 28. D. de fidejussor. entstanden und vor dem ordentlichen foro, wo die Hauptsache hingehört, anzustellen; s. Höpfner Beitrag zur civilist. Praxis Bd. II. S. 23; Chop im civilist. Archiv Bd. XIII. no. 17.

Zu 3) Der Grundsatz, daß eine Provocation unzulässig sey, wenn man durch eine ordentliche Klage zu seinem Zweck gelangen kann, ist aus den Gesetzen wenigstens nicht mit Sicherheit zu deduciren und hat zwar Autoritäten für sich; s. v. Gönner Handb. des Proc. Bd. IV. no. 83. §. 10.; Dr. Toussaint Obs. quaedam de remedio provocation. §. 8.; Mevius I. Dec. 144. no. 3; Bülow u. Hagemann Erörterungen IV. S. 37.; aber desto mehr gegen sich, s. Martin Lehrb. des Proc. Ed. X. §. 255. (244.) not. l.; Schweizer über den Provocations-Proceß S. 61.; Dr. Breitenbach im Archiv f. civil. Praxis Bd. IV. no. 10; Seuffert und Glück Blätter f. Rechtsanwendung Bd. I. S. 105. 2c. Bd. V. S. 143; Francke im civilist. Archiv Bd. 18. S. 234; Schmid Handb. d. Klagen III.

S. 65. no. 3; Erk. des O.=A.=G. in Jena in Seuffert's Archiv Bd. VI. H. 1. S. 119. Vergl. auch Muther in s. Jahrbuch II. S. 53. ff. — Insbesondere wird die Zulässigkeit der prov. ex lege diff. auch dann vertheidigt, wenn sich Jemand einer Forderung sub die oder sub conditione berühmt; s. Gottschalk Disc. for. T. III. cap. 12; Bayer Theorie der summarischen Processe §. 53; Erk. d. O.=A.=G. zu Celle im angeführten Archiv S. 119. mit Gründen, welche auch für das gemeine Proceßrecht als zutreffend erscheinen. Daß zur Erhebung einer dinglichen Klage nur der Besitzer*) provociren, und daß er nicht provocirt werden könne, ist unzweifelhaft, sowie auch

Zu 4) daß man zu einer Negatorienklage nicht provociren könne, — indem auf das bloße Verneinen eines vom Andern behaupteten Rechts der Begriff einer Diffamation gar nicht paßt; anders scheint es aber bei der Confessorienklage zu seyn, weil da durch die Provocation die Beweislast nicht verändert wird, und auch der Besitzer mit der act. confessoria auftreten kann; s. Francke a. a. O. S. 235. A. M. scheint Leyser Sp. 81. Med. 7. und Bayer Theorie des summarischen Processes §. 58.

Zu 5) Da der Provocationsproceß ohnedies eine Abweichung von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen enthält und in Ermangelung eines eigentlichen Ungehorsams sich der Ausschluß weder aus dem Gesichtspunkt eines Verzichts noch einer Strafe begründen lassen dürfte, so ist wohl die vom k. sächsischen Appellationsgericht gefällte Entscheidung, s. Kritz Samml. von Rechtsfällen Bd. I. S. 48., wonach dem Kläger zur Einreichung einer besser begründeten Klage noch eine peremtorische Frist gestattet wurde, zu empfehlen.

---

§. 17.

4. Concursus actionum.

1) Was versteht man unter concursus subjectivus vel objectivus?
2) Auf wie vielerlei Art kann sich die objective Klagenconcurrenz bilden?
3) Welche Verhältnisse erzeugen vorzüglich die successive Concurrenz oder die Erscheinung einer vorgehenden und nachfolgenden Klage?

---

*) Auf besondere Qualification des Besitzes kommt es indessen dabei nicht an; es genügt, daß sich Diffamant zur Zeit der Provocation im factischen Zustande der Ausübung befand; s. Erk. d. O.=A.=G. zu München in Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanwendung Bd. 16. S. 256.

4) Auf welchem Princip beruht zunächst die elective Klagenconcurrenz?
5) Da es zuweilen vorkommt, daß aus einem factischen Verhältniß verschiedene, aber nicht mit einander vereinbarliche Ansprüche erwachsen, mithin einer oder der andere Zweck durch die eine oder andere Klage erreicht werden kann, so ist wohl auch hier eine elective Klagenconcurrenz wahrzunehmen?
6) Wann ist eine cumulative Klagenconcurrenz vorhanden und welche Beispiele derselben können aufgeführt werden?
7) Können die electiv concurrirenden Klagen alternativ cumulirt werden?
8) Wenn dies nicht geschehen ist, geht die nicht gewählte Klage allemal für den Kläger verloren? (altera alteram consumit?)
9) Können Klagen, die sich ihrem Wesen nach widersprechen, successiv cumulirt oder nach einander angestellt werden?
10) Was ist die Folge, wenn von concurrirenden Klagen die erste entweder aufgegeben oder abgewiesen worden ist?

Zu 1) Unter Klagenconcurrenz versteht man das Zusammentreffen mehrerer Klagen, und zwar subjectiv zufolge der Mehrheit der Subjecte, wenn nämlich Mehreren gegen Einen, oder Einem gegen Mehrere, oder Mehreren gegen Mehrere eine Klage zusteht, welche in irgend einem Vereinigungspunkt zusammentrifft (s. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Th. I. S. 113. §. 44. [§. 51.], Schweppe röm. Privatr. Bd. I. §. 176. Martens über Concurrenz und Collision der röm. Civilklagen. 1856.), oder objectiv, wenn Einem Kläger wider Einen Beklagten in Betreff des nämlichen Gegenstandes*) mehrere Klagen von gleichem oder verschiedenem Umfang und Zweck zustehen.

Zu 2) Man begreift hierunter gewöhnlich die dreierlei allein möglichen Fälle, daß

nur eine Klage, oder die andere: concursus act. electivus — oder
eine nach der andern: c. act. successivus oder
eine neben der andern: c. act. cumulativus

angestellt werden kann.

---

*) Nur uneigentlich begreifen Manche auch das zufällige Zusammentreffen von Forderungen ganz verschiedener Gegenstände oder aus verschiedenen Rechtsgeschäften in Einer Person unter der objectiven Klagen-Concurrenz. — Glück Th. IV. S. 11. §. 284. a.

Genau betrachtet ist aber der s. g. concursus successivus schon dem Wortbegriff nach keine eigentliche Concurrenz, und ist ganz bedeutungslos, wenn man den Begriff von Klagenconcurrenz nach seiner einzigen Bedeutsamkeit, nämlich als eine solche Coexistenz mehrerer Klagen, daß die Eine Einfluß auf die Wirksamkeit der Andern hat, auffaßt. Wenn mehrere Klagen nach einander angestellt werden können, so berühren sie sich nicht, und eben so ist es bei der s. g. subjectiven Klagenconcurrenz ohne allen Einfluß auf die eigenthümliche Wirksamkeit der Klage, ob Einer oder Mehrere diese Klage gegen Einen oder Mehrere anstellen. Nach dieser Auffassung des Begriffs kann sich die objective Klagenconcurrenz nur auf zweierlei Weise gestalten, nämlich entweder so, daß von den mehreren gleichzeitig vorhandenen Klagen eine die andere ganz oder zum Theil ausschließt, oder nicht, — folglich entweder c. electivus oder cumulativus s. v. Savigny System Bd. V. §. 231. 2c.

Zu 3) Wenn eine Klage der andern zur Vorbereitung dienen muß, z. B. act. ad exhibendum s. l. 23. §. 5. D. 6. 1. — l. 1. l. 3. §. 3—6. D. 10. 4. — l. 18. D. 44. 1. — oder die eine Klage nur einen vorläufigen factischen Zustand, die andere einen bleibenden Rechtszustand bezielt, wie z. B. Provisoriengesuche zu Hauptklagen, possessorische zu petitorischen Klagen sich verhalten, oder die Natur der mehreren Klagen es mit sich bringt, daß die eine der andern den Weg bahnen muß, wie z. B. die hereditatis petitio der familiae herciscundae und dergl.

Zu 4) Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur. l. 57. D. 50. 17. Quoties concurrunt plures actiones ejusdem rei nomine, una quis experiri debet. l. 43. §. 1. D. 50. 17, zu deren Erläuterung l. 5. D. 44. 2. zu vergleichen ist.

Daraus folgt, daß

a) wenn mehrere Klagen genau denselben Erfolg haben, man nur eine oder die andere anstellen kann, — wie dies bei den mannichfaltigen Fällen, worin eine condictio mit einer bonae fidei actio concurrirt, oft vorkommt; s. v. Savigny a. a. O. Bd. V. S. 218.

b) wenn durch die andere Klage noch ein Mehreres zu erlangen übrig bleibt, als durch die erste erlangt werden konnte, die andere nur für dieses Mehrere noch zulässig ist. Si ex eodem facto duae competunt actiones, postea judicis potius partes esse, ut quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat, si tantundem

aut minus, id non sequatur*). l. 41. §. 1. D. 44. 7. — l. 43. l. 47. pr. D. 17. 2. — l. 28. D. 19. 1. — l. 9. §. 1. D. 47. 2. — l. 2. §. 3. D. 47. 1. — Beispiele hiervon s. v. Savigny a. a. O. Bd. V. S. 225.

Zu 5) Man pflegt wohl auch solche Fälle hieher zu rechnen, Schilling Lehrb. für Institut. ꝛc. Bd. II. §. 113., obwohl, wie v. Savigny a. a. O. S. 231. bemerkt, nur uneigentlich, wenn man im Begriff der objectiven Klagenconcurrenz Identität des Objects als wesentliches Merkmal festhält; denn hier ist eine objective Verschiedenheit ersichtlich.

Eine Wahl, oder ein electives Verhältniß ist freilich auch hier gegeben, aber eigentlich und zunächst nicht unter mehreren Klagen, sondern unter mehreren Rechten, und zwar solchen, welche nicht mit einander vereinbarlich sind, daher nur das Eine oder das Andere klagbar verfolgt werden kann. Solche Fälle, wo der Natur der Sache nach nicht beides zugleich gefordert werden kann, lassen sich folgende beispielsweise aufführen:

a) wenn bei einem unter der lex commissoria geschlossenen Kauf der Zahlungstag nicht eingehalten ist, so hat der Käufer die Wahl, entweder das Kaufgeld mit der act. venditi einzuklagen oder die Sache selbst auf den Grund des Nebenvertrags zurückzufordern. Stellt er die eine dieser Klagen an, so kann er nicht mehr zur andern zurückkehren; l. 7. D. 18. 3. — Dasselbe gilt
b) von der Wahl zwischen der act. redhibitoria und quanti minoris.
c) Bei einem mit der Codicillarclausel versehenen Testament hat der Eingesetzte die Wahl zwischen der hereditatis petitio und der Fideicommißklage l. ult. C. 6. 36., denn dieses sind zwei Rechte, die sich gegenseitig ausschließen.
d) Wer Geld zahlt, um sich von einem ungerechten Proceß loszukaufen, hat die Wahl zwischen der Condiction auf das gegebene Geld, oder der Strafklage auf den vierfachen Werth; l. 5. §. 1. D. 3. 6.
e) Wenn der Commodatar die geliehene Sache stehlen läßt, so hat der Eigenthümer die Wahl zwischen der actio commodati und der gegen den Dieb anzustellenden actio furti; l. 20. C. 6. 2. — §. 10. J. 4. 1.

---

*) Ueber die nothwendige Emendation des Gesetztextes in den letzten drei Worten, s. v. Savigny a. a. O. Bd. V. S. 228.

f) Der Legatar hat die Wahl zwischen einer Klage in rem oder in personam l. 76. §. 8. D. de leg. (31.) l. 84. §. 13. de leg. (30.).

g) Wird einem Reisenden eine Sache in einem Gasthause gestohlen, so hat er die Wahl zwischen act. de receptis und der Klage gegen den Thäter, so daß durch die bloße Wahl sowohl die Condiction, als die furti actio ausgeschlossen ist; l. 3. §. 5. l. 6. §. 4. D. 4. 9. — l. 1. §. 3. D. 47. 5.

Zu 6) Aus dem Bisherigen schon geht der blos negative Charakter der cumulativen Klagenconcurrenz dahin hervor, daß diese allemal obwaltet, wenn nicht eine Klage in die Sphäre der andern eingreift, mithin eine neben der andern selbständig bestehen kann. Am häufigsten findet sich dieses Merkmal bei dem Zusammentreffen einer Entschädigungs- und einer Strafklage, oder auch mehrerer Strafklagen, wenn von Jemandem mehrere unerlaubte Handlungen an dem nämlichen Gegenstand verübt wurden; l. 60. D. 44. 7. — l. 130. D. 50. 17. — l. 27. pr. D. 9. 2. — l. 2. §. 1. u. 4. D. 47. 1. — So wie übrigens vorhin als uneigentliche Fälle der electiven Klagen-Concurrenz diejenigen bemerkt wurden, wo eigentlich das Zusammentreffen in den Rechten selbst liegt, welche der Wahl offen stehen, so gibt es auch bei der cumulativen Concurrenz der Klagen ein Zusammentreffen mehrerer Rechte, welche, ohne sich absolut zu widersprechen, oder sich gegenseitig aufzuheben, gleichzeitig angetroffen werden. So können z. B. aus einer Thatsache mehrere neben einander bestehende Rechte gegen deren Urheber erwachsen, wie bei der außerehelichen Schwängerung auf Dotation, Kindbettkosten und Alimente, — es kann aber auch ein und dasselbe Recht verschiedene concurrirende Entstehungsgründe haben, so daß also, wenn mir auch die Klage aus dem einen Klaggrund abgesprochen wird, ich den nämlichen Zweck aus einem andern Klaggrund noch durch eine zweite Klage erreichen kann, z. B. wer ein Testament mit der Inofficiositätsklage vergebens angefochten hat, kann dasselbe wegen Fälschung noch impugniren, und umgewandt, l. 14. C. 3. 28. — oder, wenn derjenige, welcher stipulirt hat, es solle ihm der Sclave Stichus gegeben werden, Erbe desjenigen geworden ist, dem dieser Sclave aus einem Testament gegeben werden sollte, so wird er, wenn er den Stichus aus dem Testament fordert, dadurch die Klage aus der Stipulation nicht verlieren, und umgewandt; l. 18. D. 44. 7. oder: es ist also legirt worden: ich befehle, daß meiner Frau die 100 Goldstücke, welche ich von ihr geliehen erhalten habe, zurückgegeben werden sollen. Unterlag nun die Frau mit der Schuldklage,

so blieb ihr noch die Klage ex fideicommisso übrig; l. 93. §. 1. D. de leg. III. (32.)

Zuweilen gestatten die Gesetze auch für denselben durch die erste Klage nicht vollständig erreichten Zweck eine Klage subsidiär; z. B. durch die act. communi dividundo kann zur Vertheilung nachgeholt werden, was durch die nur Einmal zulässige Erbtheilungsklage nicht mehr erreicht werden kann, wenn die Erbtheilung einmal geschehen ist, und Gegenstände außer Vertheilung geblieben sind; l. 20. §. 4. D. 10. 2. Dagegen ein Beispiel, daß die nämliche Klage mehrmals angestellt werden darf, gibt die Minderungsklage, welcher es eigenthümlich ist, daß sie wegen verschiedener Mängel mehrmals angestellt werden kann, et quidem saepius posse agi quanti minoris dubium non est; l. 31. §. 16. D. 21. 1.

Zu 7) Allerdings entweder alternativ oder subsidiär, damit in Fällen, wo die Wahl schwierig seyn kann, welche der verschiedenen Klagen die vortheilhafteste seyn möchte, der Richter auf die zweckmäßigste sein Erkenntniß fälle; l. 1. §. 4. D. 43. 3.

Zu 8) In der Regel fällt nach einmal getroffener Wahl das jus variandi weg; l. 4. §. 2. l. 7. D. 18. 3. — l. 9. §. 1. D. 14. 4. — §. 16. J. 4. 1. — l. 8. pr. C. 6. 36.

Damit ist indessen der Grundsatz des Proceßrechts, daß der Kläger vor der Litiscontestation seine Klage noch zurücknehmen und eine andere anstellen kann nicht ausgeschlossen; Thibaut civilist. Abhandl. Nr. IX. S. 157.

Jedenfalls kann Derjenige, welcher die minder vortheilhafte Klage angestellt hat, durch die andere das in ihr enthaltene mehrere nachfordern; l. 7. §. 1. D. 13. 6. — l. 47. pr. D. 17. 2. — l. 34. pr. u. §. 2. in f. D. 44. 7. — l. 88. D. 47. 2.; Schilling Lehrb. f. Institt. ꝛc. Bd. II. §. 113.; Francke über die s. g. processualische Consumtion der Klagen, im Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. 23. S. 387. u. 417.

Zu 9) Nein; l. 7. D. 18. 3. — l. 4. C. 4. 54. Auf das Widersprechende kann man nur ein alternatives Recht haben; Thibaut civilist. Abhandl. Nr. IX. S. 164.; derselbe im P.-R. Th. I. §. 69. ed noviss.; Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. I. §. 140.

Zu 10) Immer kann die zweite Klage nach freiwilligem Aufgeben der ersteren noch angestellt werden, ausgenommen wo die Gesetze nur Eine oder die Andere gestatten, (s. Nr. 3. u. 5.) nach deren rechtskräftiger Abweisung aber nur dann, wenn nicht diese auf derselben causa, nämlich auf dem bereits verworfenen Grunde beruht. Singulär

in Beziehung auf die Grundsätze der Erbschaftsantretung verordnet l. 8. pr. C. 6. 36.*)

§.18.

5. Vererbung der Klagen.

1) Sind alle Klagen auf Seite des Klägers vererblich, oder welche sind von dem im Allgemeinen begründeten activen Uebergang auf die Erben (ad heredes) ausgenommen?
2) Welche Klagen gehen nicht gegen die Erben über? (non transeunt in heredes) oder welche nur mit Einschränkung?
3) Kann für die activ oder passiv nicht transitorischen — nämlich an sich nicht zum Uebergang auf oder gegen die Erben geeigenschafteten Klagen der Uebergang dennoch durch die bei Lebzeiten schon bewirkte Litiscontestation bewirkt werden?
4) In welchen besonderen Fällen kann schon die vor dem Tod des Verklagten erfolgte Klaganbringung oder auch nur Vorbereitung der Klage den Uebergang derselben auf und gegen die Erben bewirken?
5) Welche Klagen sind in den Gesetzen als vindictam spirantes bezeichnet?

Zu 1) In so ferne die Klagen blos reipersecutorisch sind, gehen sie immer auf die Erben des Berechtigten über; l. 37. D. 29. 2. — l. 11. D. 44. 3. — Nov. 48. — sie mögen aus einem Contract oder Delict entsprungen seyn; §. 1. J. 4. 12. — l. 1. pr. u. §. 1. D. 47. 1., Gajus IV. §. 112. Sind es dingliche Klagen, so gehen sie auf denjenigen Erben über, welchem das Gut [durch Bestimmung des Testators oder durch Erbtheilung] zugefallen ist; sind es Forderungen, so gehen die Klagen auf die Erben des Berechtigten pro rata hereditaria über.

---

*) Die Frage über subjective Cumulation der Klagen ist, sowie die Grundsätze über Veränderung und Verbesserung der Klagen, dem Proceßrecht angehörig, und hinsichtlich der ersteren Frage zur Versöhnung der verschiedenen Meinungen wohl deren Zuläßigkeit nur dann anzunehmen, wenn durch sie die Einheit des Verfahrens nicht aufgehoben wird; s. Puchta gerichtl. Klagen S. 91.; Richter in Weiske's Rechtslex. Bd. 6. S. 162. Bei Theilungsklagen ist sie gesetzlich statthaft, l. 25. §. 4. D. 10. 2., Linde Lehrb. S. 316.

Ausnahmsweise sind nicht vererblich (non transeunt ad heredes) die Popularklagen, eigentliche Criminalklagen, und solche Delictsklagen, für welche man den gemeinsamen Gesichtspunkt hat, daß sie nicht einer eigentlichen Vermögensverletzung, sondern persönlicher Kränkung halber angestellt werden (act. meram vindictam spirantes); außerdem sind natürlicherweise, wenn das Recht nicht vererblich ist, auch die Klagen nicht vererblich; denn manche Rechtsverhältnisse sind ihrer besondern Natur wegen, oder durch Vertrag oder Testament auf bestimmte Personen beschränkt; z. B. nach §. 10. J. 3. 26. — l. 27. §. 3. D. 17. 1. — l. 32. pr. D. 35. 2. So ist der ususfructus unvererblich, l. 3. §. 3. D. 7. 4. Unvererblich ist als act. vindictam spirans die Klage auf die Nachtheile der Ehescheidung gegen den schuldigen Theil, l. 15. §. 1. D. 24. 3., vergl. die Anmerkung hiezu no. 119. in der deutsch. Uebers. d. corp. jur. und die Revocationsklage des Schenkers wegen Undanks des Beschenkten, l. ult. C. 8. 56., Puchta Pand. §. 88 not. c., v. Savigny System, II. S. 200. ff. Der Natur der Sache nach sind nicht vererblich die ganz individuellen, mit dem Eigenthum nicht in Verbindung stehenden Klagen aus Familienverhältnissen, wie Ehe, väterliche Gewalt, Verwandtschaft.

Zu 2) Gegen die Erben gehen nicht über: die Criminalklagen, l. 20. D. 48. 19., die Popularklagen l. ult. D. 47. 23. — die reinen Privatpönalklagen, Gaj. IV. §. 112. — §. 1. J. 4. 12. — l. 1. pr. u. §. 1. D. 47. 1. — l. 5. §. 5. u. 13. D. 9. 3. — l. 22. in f. D. 39. 1. — l. 111. §. 1. D. 50. 17. mit Ausnahme der act. de calumniatoribus, l. 5. D. 3. 6.; — ferner: die actiones vindictam spirantes, wie die Injurienklage, et si qua alia similis inveniatur l. 13. pr. D. 47. 10. — vergl. mit l. 2. §. 4. D. 37. 6. — §. 1. J. 4. 12. — Gajus IV. §. 112. — Schilling Lehrb. II. §. 114. Doch ist die Inofficiositätsklage nicht vom Uebergang gegen die Erben ausgeschlossen, sondern vielmehr gegen sie ausdrücklich zugelassen, l. 4. l. 6. §. 2. l. 8. pr. l. 29. §. 4. l. 31. §. 1. D. 5. 2. — l. 1. §. 8. D. 38. 5.

In der Natur mancher Rechtsverhältnisse liegt übrigens auch eine Unmöglichkeit des passiven Uebergangs der Klagen; z. B. wenn die Klage auf Leistung einer Handlung geht, welche gewisse persönliche Eigenschaften voraussetzt, l. 31. D. 46. 3. — oder das Rechtsverhältniß auf eine bestimmte Person beschränkt ist; l. 42. l. 52. l. 55. D. 6. 1. — v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. §. 37. (48.) §. 52. (67.); Glück Th. VI. §. 503. not. 97. Vergl. auch §. 10. J. 3. 26. — l. 27. §. 3. D. 17. 1. — l. 32. pr. D. 35. 2. —

Zu 4) Da die Erwerbung des Eigenthums oder eines andern dinglichen Rechts aus verschiedenen Gründen möglich ist, so ist hier wiederholte Klage aus einem andern Grund zuläßig, wenn die erste nur aus dem besondern ihr unterstellten Grund abgewiesen worden ist; l. 14. §. 2. D. 44. 2. — l. 11. §. 2. D. eod. l. 3. de sent. et re jud. in Vlto. (2. 14). G. F. Puchta im rheinischen Museum Bd. II. S. 251; Glück a. a. O.; W. H. Puchta über die gerichtl. Klagen §. 35.

Zu 5) In der Regel nur Einer, doch können ausnahmsweise, insonderheit bei den Theilungsklagen und nach Umständen bei dem interd. uti possidetis auch beide Theile Kläger und Beklagte zugleich seyn, daher die Benennung judicia duplicia kommt; l. 3. §. 3. D. 10. 2. — §. 7. J. 4. 15. — l. 10. D. 10. 1. — l. 13. l. 14. D. 5. 1. — l. 37. §. 1. D. 44. 7.

Zu 6) In der Regel ist die Klage ad omnem causam zu richten, nämlich auf Alles, was man ohne die eingetretene Störung haben würde; l. 17. §. 1. l. 20. D. 6. 1. — l. 31. D. 12. 1. — l. 35. l. 246. §. 1. D. 50. 16. — §. 3. J. 4. 17. Daher die Nebensache, als Früchte, Zinsen, Schäden und Kosten eingebüßt werden, wenn sie im Urtheil übergangen sind, oder die Hauptklage erloschen ist. Nur ausnahmsweise gestatten die Gesetze in bestimmten Fällen eine eigene Klage auf bestimmte Nebenforderungen (quae in obligatione sunt.) l. 17. §. 1. l. 79. D. 6. 1. — l. 18. D. 44. 1. — l. 1. C. 3. 1. — l. 3. C. 4. 9. —

Zu 7) Allerdings; in officio judicis sunt; doch versteht sich dies nicht von vertragsmäßigen, sondern nur von Legalzinsen, z. B. von Verzugszinsen.

Zu 8) Jura noscit curia. Nur ausnahmsweise ist die Angabe des Rechtsgrunds durchaus nothwendig, wenn der Kläger seinen Anspruch aus einem Privilegium ableitet, oder aus einem auswärtigen Recht, oder einem einheimischen particulairen Gewohnheitsrecht, welches nicht dem Bezirk des angerufenen Richters angehört.

---

§. 16.

3. Zwang zur Klage.

1) Kann man zur Klagstellung gezwungen werden?
2) Welche Fälle der generellen und speciellen Provocation statuirt das R. R. und der Gerichtsgebrauch?

3) Ist das Rechtsmittel der Provocation ausgeschlossen, wenn man durch eine gewöhnliche Klage zum Zweck gelangen kann?
4) Kann man auch zur Confessorien- oder Negatorienklage provocirt werden?
5) Ist das Klagrecht verloren, wenn die auf erhobene Provocation innerhalb des Präjudicialtermins eingekommene Klage angebrachtermaßen abgewiesen worden ist?

Zu 1) In der Regel nicht; l. un. C. 3. 7. — Ausnahmsweise lassen sich jedoch Fälle denken, wo nämlich Jemand zur Erfüllung einer Amtspflicht oder einer contractmäßigen Verbindlichkeit genöthigt werden kann, zum Besten eines Andern wider einen Dritten zu klagen; l. 5. §. 12. D. 13. 6. — l. 13. §. 30. D. 19. 1. — l. 60. §. 5. D. 19. 2. — l. 2. pr. D. 14. 2. — l. 22. C. 8. 54.

Zu 2) Die generelle Provocation billigt das R. R. nur bei dem Verkauf einer Sache, rücksichtlich der anwesenden Pfandgläubiger l. 6. C. 8. 26; Schweppe röm. Privatr. Bd. I. §. 184 a. (s. übrigens in Betreff des Zwanges zur Beendigung eines angefangenen Processes Nov. 112. c. 3.), der Gerichtsbrauch aber auch in mehreren anderen Fällen in Folge von Edictal-Citation, z. B. bei jeder Veräußerung von Grundstücken, bei Errichtung von Hypothekenbüchern, Mortification von Urkunden, Regulirung von Erbschafts- und Debitmassen.

Specielle Provocationen sind durch Usual-Interpretation der l. diffamari 5. C. de ingenuis manumissis und aus der l. Si contendat 28. D. de fidejussor. entstanden und vor dem ordentlichen foro, wo die Hauptsache hingehört, anzustellen; s. Höpfner Beitrag zur civilist. Praxis Bd. II. S. 23; Chop im civilist. Archiv Bd. XIII. no. 17.

Zu 3) Der Grundsatz, daß eine Provocation unzulässig sey, wenn man durch eine ordentliche Klage zu seinem Zweck gelangen kann, ist aus den Gesetzen wenigstens nicht mit Sicherheit zu deduciren und hat zwar Autoritäten für sich; s. v. Gönner Handb. des Proc. Bd. IV. no. 83. §. 10.; Dr. Toussaint Obs. quaedam de remedio provocation. §. 8.; Mevius I. Dec. 144. no. 3; Bülow u. Hagemann Erörterungen IV. S. 37.; aber desto mehr gegen sich, s. Martin Lehrb. des Proc. Ed. X. §. 255. (244.) not. l.; Schweizer über den Provocations-Proceß S. 61.; Dr. Breitenbach im Archiv f. civil. Praxis Bd. IV. no. 10; Seuffert und Glück Blätter f. Rechtsanwendung Bd. I. S. 105. ꝛc. Bd. V. S. 143; Francke im civilist. Archiv Bd. 18. S. 234; Schmid Handb. d. Klagen III.

S. 65. no. 3; Erk. des O.-A.-G. in Jena in Seuffert's Archiv Bd. VI. H. 1. S. 119. Vergl. auch Muther in s. Jahrbuch II. S. 53. ff. — Insbesondere wird die Zulässigkeit der prov. ex lege diff. auch dann vertheidigt, wenn sich Jemand einer Forderung sub die oder sub conditione berühmt; s. Gottschalk Disc. for. T. III. cap. 12; Bayer Theorie der summarischen Processe §. 53; Erk. d. O.-A.-G. zu Celle im angeführten Archiv S. 119. mit Gründen, welche auch für das gemeine Proceßrecht als zutreffend erscheinen. Daß zur Erhebung einer dinglichen Klage nur der Besitzer *) provociren, und daß er nicht provocirt werden könne, ist unzweifelhaft, sowie auch

Zu 4) daß man zu einer Negatorienklage nicht provociren könne, — indem auf das bloße Verneinen eines vom Andern behaupteten Rechts der Begriff einer Diffamation gar nicht paßt; anders scheint es aber bei der Confessorienklage zu seyn, weil da durch die Provocation die Beweislast nicht verändert wird, und auch der Besitzer mit der act. confessoria auftreten kann; s. Francke a. a. O. S. 235. A. M. scheint Leyser Sp. 81. Med. 7. und Bayer Theorie des summarischen Processes §. 58.

Zu 5) Da der Provocationsproceß ohnedies eine Abweichung von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen enthält und in Ermangelung eines eigentlichen Ungehorsams sich der Ausschluß weder aus dem Gesichtspunkt eines Verzichts noch einer Strafe begründen lassen dürfte, so ist wohl die vom k. sächsischen Appellationsgericht gefällte Entscheidung, s. Kritz Samml. von Rechtsfällen Bd. I. S. 48., wonach dem Kläger zur Einreichung einer besser begründeten Klage noch eine peremtorische Frist gestattet wurde, zu empfehlen.

---

§. 17.

4. Concursus actionum.

1) Was versteht man unter concursus subjectivus vel objectivus?
2) Auf wie vielerlei Art kann sich die objective Klagenconcurrenz bilden?
3) Welche Verhältnisse erzeugen vorzüglich die successive Concurrenz oder die Erscheinung einer vorgehenden und nachfolgenden Klage?

*) Auf besondere Qualification des Besitzes kommt es indessen dabei nicht an; es genügt, daß sich Diffamant zur Zeit der Provocation im factischen Zustande der Ausübung befand; s. Erk. d. O.-A.-G. zu München in Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanwendung Bd. 16. S. 256.

4) Auf welchem Princip beruht zunächst die elective Klagenconcurrenz?
5) Da es zuweilen vorkommt, daß aus einem factischen Verhältniß verschiedene, aber nicht mit einander vereinbarliche Ansprüche erwachsen, mithin einer oder der andere Zweck durch die eine oder andere Klage erreicht werden kann, so ist wohl auch hier eine elective Klagenconcurrenz wahrzunehmen?
6) Wann ist eine cumulative Klagenconcurrenz vorhanden und welche Beispiele derselben können aufgeführt werden?
7) Können die electiv concurrirenden Klagen alternativ cumulirt werden?
8) Wenn dies nicht geschehen ist, geht die nicht gewählte Klage allemal für den Kläger verloren? (altera alteram consumit?)
9) Können Klagen, die sich ihrem Wesen nach widersprechen, successiv cumulirt oder nach einander angestellt werden?
10) Was ist die Folge, wenn von concurrirenden Klagen die erste entweder aufgegeben oder abgewiesen worden ist?

Zu 1) Unter Klagenconcurrenz versteht man das Zusammentreffen mehrerer Klagen, und zwar subjectiv zufolge der Mehrheit der Subjecte, wenn nämlich Mehreren gegen Einen, oder Einem gegen Mehrere, oder Mehreren gegen Mehrere eine Klage zusteht, welche in irgend einem Vereinigungspunkt zusammentrifft (s. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Th. I. S. 113. §. 44. [§. 51.], Schweppe röm. Privatr. Bd. I. §. 176. Martens über Concurrenz und Collision der röm. Civilklagen. 1856.), oder objectiv, wenn Einem Kläger wider Einen Beklagten in Betreff des nämlichen Gegenstandes*) mehrere Klagen von gleichem oder verschiedenem Umfang und Zweck zustehen.

Zu 2) Man begreift hierunter gewöhnlich die dreierlei allein möglichen Fälle, daß

nur eine Klage, oder die andere: concursus act. electivus — oder
eine nach der andern: c. act. successivus oder
eine neben der andern: c. act. cumulativus

angestellt werden kann.

---

*) Nur uneigentlich begreifen Manche auch das zufällige Zusammentreffen von Forderungen ganz verschiedener Gegenstände oder aus verschiedenen Rechtsgeschäften in Einer Person unter der objectiven Klagen-Concurrenz. — Glück Th. IV. S. 11. §. 284. a.

Genau betrachtet ist aber der s. g. concursus successivus schon dem Wortbegriff nach keine eigentliche Concurrenz, und ist ganz bedeutungslos, wenn man den Begriff von Klagenconcurrenz nach seiner einzigen Bedeutsamkeit, nämlich als eine solche Coexistenz mehrerer Klagen, daß die Eine Einfluß auf die Wirksamkeit der Andern hat, auffaßt. Wenn mehrere Klagen nach einander angestellt werden können, so berühren sie sich nicht, und eben so ist es bei der s. g. subjectiven Klagenconcurrenz ohne allen Einfluß auf die eigenthümliche Wirksamkeit der Klage, ob Einer oder Mehrere diese Klage gegen Einen oder Mehrere anstellen. Nach dieser Auffassung des Begriffs kann sich die objective Klagenconcurrenz nur auf zweierlei Weise gestalten, nämlich entweder so, daß von den mehreren gleichzeitig vorhandenen Klagen eine die andere ganz oder zum Theil ausschließt, oder nicht, — folglich entweder c. electivus oder cumulativus s. v. Savigny System Bd. V. §. 231. rc.

Zu 3) Wenn eine Klage der andern zur Vorbereitung dienen muß, z. B. act. ad exhibendum s. l. 23. §. 5. D. 6. 1. — l. 1. l. 3. §. 3—6. D. 10. 4. — l. 18. D. 44. 1. — oder die eine Klage nur einen vorläufigen factischen Zustand, die andere einen bleibenden Rechtszustand bezielt, wie z. B. Provisoriengesuche zu Hauptklagen, possessorische zu petitorischen Klagen sich verhalten, oder die Natur der mehreren Klagen es mit sich bringt, daß die eine der andern den Weg bahnen muß, wie z. B. die hereditatis petitio der familiae herciscundae und dergl.

Zu 4) Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur. l. 57. D. 50. 17. Quoties concurrunt plures actiones ejusdem rei nomine, una quis experiri debet. l. 43. §. 1. D. 50. 17, zu deren Erläuterung l. 5. D. 44. 2. zu vergleichen ist.

Daraus folgt, daß

a) wenn mehrere Klagen genau denselben Erfolg haben, man nur eine oder die andere anstellen kann, — wie dies bei den mannichfaltigen Fällen, worin eine condictio mit einer bonae fidei actio concurrirt, oft vorkommt; s. v. Savigny a. a. O. Bd. V. S. 218.

b) wenn durch die andere Klage noch ein Mehreres zu erlangen übrig bleibt, als durch die erste erlangt werden konnte, die andere nur für dieses Mehrere noch zulässig ist. Si ex eodem facto duae competunt actiones, postea judicis potius partes esse, ut quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat, si tantundem

aut minus, id non sequatur*). l. 41. §. 1. D. 44. 7. — l. 43. l. 47. pr. D. 17. 2. — l. 28. D. 19. 1. — l. 9. §. 1. D. 47. 2. — l. 2. §. 3. D. 47. 1. — Beispiele hiervon s. v. Savigny a. a. O. Bd. V. S. 225.

Zu 5) Man pflegt wohl auch solche Fälle hieher zu rechnen, Schilling Lehrb. für Institut. ꝛc. Bd. II. §. 113., obwohl, wie v. Savigny a. a. O. S. 231. bemerkt, nur uneigentlich, wenn man im Begriff der objectiven Klagenconcurrenz Identität des Objects als wesentliches Merkmal festhält; denn hier ist eine objective Verschiedenheit ersichtlich.

Eine Wahl, oder ein electives Verhältniß ist freilich auch hier gegeben, aber eigentlich und zunächst nicht unter mehreren Klagen, sondern unter mehreren Rechten, und zwar solchen, welche nicht mit einander vereinbarlich sind, daher nur das Eine oder das Andere klagbar verfolgt werden kann. Solche Fälle, wo der Natur der Sache nach nicht beides zugleich gefordert werden kann, lassen sich folgende beispielsweise aufführen:

a) wenn bei einem unter der lex commissoria geschlossenen Kauf der Zahlungstag nicht eingehalten ist, so hat der Käufer die Wahl, entweder das Kaufgeld mit der act. venditi einzuklagen oder die Sache selbst auf den Grund des Nebenvertrags zurückzufordern. Stellt er die eine dieser Klagen an, so kann er nicht mehr zur andern zurückkehren; l. 7. D. 18. 3. — Dasselbe gilt
b) von der Wahl zwischen der act. redhibitoria und quanti minoris.
c) Bei einem mit der Codicillarclausel versehenen Testament hat der Eingesetzte die Wahl zwischen der hereditatis petitio und der Fideicommißklage l. ult. C. 6. 36., denn dieses sind zwei Rechte, die sich gegenseitig ausschließen.
d) Wer Geld zahlt, um sich von einem ungerechten Proceß loszukaufen, hat die Wahl zwischen der Condiction auf das gegebene Geld, oder der Strafklage auf den vierfachen Werth; l. 5. §. 1. D. 3. 6.
e) Wenn der Commodatar die geliehene Sache stehlen läßt, so hat der Eigenthümer die Wahl zwischen der actio commodati und der gegen den Dieb anzustellenden actio furti; l. 20. C. 6. 2. — §. 10. J. 4. 1.

---

*) Ueber die nothwendige Emendation des Gesetztextes in den letzten drei Worten, s. v. Savigny a. a. O. Bd. V. S. 223.

f) Der Legatar hat die Wahl zwischen einer Klage in rem oder in personam l. 76. §. 8. D. de leg. (31.) l. 84. §. 13. de leg. (30.).

g) Wird einem Reisenden eine Sache in einem Gasthause gestohlen, so hat er die Wahl zwischen act. de receptis und der Klage gegen den Thäter, so daß durch die bloße Wahl sowohl die Condiction, als die furti actio ausgeschlossen ist; l. 3. §. 5. l. 6. §. 4. D. 4. 9. — l. 1. §. 3. D. 47. 5.

Zu 6) Aus dem Bisherigen schon geht der blos negative Charakter der cumulativen Klagenconcurrenz dahin hervor, daß diese allemal obwaltet, wenn nicht eine Klage in die Sphäre der andern eingreift, mithin eine neben der andern selbständig bestehen kann. Am häufigsten findet sich dieses Merkmal bei dem Zusammentreffen einer Entschädigungs- und einer Strafklage, oder auch mehrerer Strafklagen, wenn von Jemandem mehrere unerlaubte Handlungen an dem nämlichen Gegenstand verübt wurden; l. 60. D. 44. 7. — l. 130. D. 50. 17. — l. 27. pr. D. 9. 2. — l. 2. §. 1. u. 4. D. 47. 1. — So wie übrigens vorhin als uneigentliche Fälle der electiven Klagen-Concurrenz diejenigen bemerkt wurden, wo eigentlich das Zusammentreffen in den Rechten selbst liegt, welche der Wahl offen stehen, so gibt es auch bei der cumulativen Concurrenz der Klagen ein Zusammentreffen mehrerer Rechte, welche, ohne sich absolut zu widersprechen, oder sich gegenseitig aufzuheben, gleichzeitig angetroffen werden. So können z. B. aus einer Thatsache mehrere neben einander bestehende Rechte gegen deren Urheber erwachsen, wie bei der außerehelichen Schwängerung auf Dotation, Kindbettkosten und Alimente, — es kann aber auch ein und dasselbe Recht verschiedene concurrirende Entstehungsgründe haben, so daß also, wenn mir auch die Klage aus dem einen Klaggrund abgesprochen wird, ich den nämlichen Zweck aus einem andern Klaggrund noch durch eine zweite Klage erreichen kann, z. B. wer ein Testament mit der Inofficiositätsklage vergebens angefochten hat, kann dasselbe wegen Fälschung noch impugniren, und umgewandt, l. 14. C. 3. 28. — oder, wenn derjenige, welcher stipulirt hat, es solle ihm der Sclave Stichus gegeben werden, Erbe desjenigen geworden ist, dem dieser Sclave aus einem Testament gegeben werden sollte, so wird er, wenn er den Stichus aus dem Testament fordert, dadurch die Klage aus der Stipulation nicht verlieren, und umgewandt; l. 18. D. 44. 7. oder: es ist also legirt worden: ich befehle, daß meiner Frau die 100 Goldstücke, welche ich von ihr geliehen erhalten habe, zurückgegeben werden sollen. Unterlag nun die Frau mit der Schuldklage,

so blieb ihr noch die Klage ex fideicommisso übrig; l. 93. §. 1. D. de leg. III. (32.)

Zuweilen gestatten die Gesetze auch für denselben durch die erste Klage nicht vollständig erreichten Zweck eine Klage subsidiär; z. B. durch die act. communi dividundo kann zur Vertheilung nachgeholt werden, was durch die nur Einmal zulässige Erbtheilungsklage nicht mehr erreicht werden kann, wenn die Erbtheilung einmal geschehen ist, und Gegenstände außer Vertheilung geblieben sind; l. 20. §. 4. D. 10. 2. Dagegen ein Beispiel, daß die nämliche Klage mehrmals angestellt werden darf, gibt die Minderungsklage, welcher es eigenthümlich ist, daß sie wegen verschiedener Mängel mehrmals angestellt werden kann, et quidem saepius posse agi quanti minoris dubium non est; l. 31. §. 16. D. 21. 1.

Zu 7) Allerdings entweder alternativ oder subsidiär, damit in Fällen, wo die Wahl schwierig seyn kann, welche der verschiedenen Klagen die vortheilhafteste seyn möchte, der Richter auf die zweckmäßigste sein Erkenntniß fälle; l. 1. §. 4. D. 43. 3.

Zu 8) In der Regel fällt nach einmal getroffener Wahl das jus variandi weg; l. 4. §. 2. l. 7. D. 18. 3. — l. 9. §. 1. D. 14. 4. — §. 16. J. 4. 1. — l. 8. pr. C. 6. 36.

Damit ist indessen der Grundsatz des Proceßrechts, daß der Kläger vor der Litiscontestation seine Klage noch zurücknehmen und eine andere anstellen kann nicht ausgeschlossen; Thibaut civilist. Abhandl. Nr. IX. S. 157.

Jedenfalls kann Derjenige, welcher die minder vortheilhafte Klage angestellt hat, durch die andere das in ihr enthaltene mehrere nachfordern; l. 7. §. 1. D. 13. 6. — l. 47. pr. D. 17. 2. — l. 34. pr. u. §. 2. in f. D. 44. 7. — l. 88. D. 47. 2.; Schilling Lehrb. f. Institt. 2c. Bd. II. §. 113.; Francke über die s. g. processualische Consumtion der Klagen, im Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. 23. S. 387. u. 417.

Zu 9) Nein; l. 7. D. 18. 3. — l. 4. C. 4. 54. Auf das Widersprechende kann man nur ein alternatives Recht haben; Thibaut civilist. Abhandl. Nr. IX. S. 164.; derselbe im P.-R. Th. I. §. 69. ed noviss.; Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. I. §. 140.

Zu 10) Immer kann die zweite Klage nach freiwilligem Aufgeben der ersteren noch angestellt werden, ausgenommen wo die Gesetze nur Eine oder die Andere gestatten, (s. Nr. 3. u. 5.) nach deren rechtskräftiger Abweisung aber nur dann, wenn nicht diese auf derselben causa, nämlich auf dem bereits verworfenen Grunde beruht. Singulär

39., sowie umgewandt auch die an sich noch unverjährten Zinsen verloren gehen, wenn die Verjährung der Hauptschuld vollendet ist; l. 26. C. 4. 32. Zwar wollen Manche die Bestimmung der zuvor angeführten l. 8. §. 4. C. 7. 39.: „exceptionem enim 30 vel 40 annorum in illis contractibus, in quibus usurae promissae sunt, ex illo tempore initium capere sancimus, ex quo debitor usuras minime persolvit," blos auf die Verjährung der Zinsklage beziehen. Allein diese Meinung, welche schon in der Glosse u l. 7. §. 4. C. 7. 39. bemerklich ist, und welcher Gothofred und Brunnemann, neuerlich auch Kierulff in der Theorie ꝛc. Bd. I. S. 195. gefolgt ist, hat, wie v. Savigny a. a. O. S. 307. übereinstimmend mit Thon in Linde's Zeitschr. Bd. VIII. S. 29. bemerkt, dieses gegen sich, daß dann der Kaiser etwas verordnet hätte, was offenbar keiner besondern Bestimmung bedürfen konnte. Allein es erhellt aus der ganzen Fassung des Gesetzes, daß der Kaiser vielmehr einen Punkt bestimmen wollte, über welchen sich eine andere Meinung wohl denken ließe, und diese Bestimmung ist auch den allgemeinen Grundsätzen entsprechend. Denn offenbar ist der Rechtszustand des Gläubigers, welcher 30 Jahre lang keine Zinsen von seinem Schuldner erhält, gestört, und die Verletzung trifft wenigstens indirect auch das Capital, wodurch genugsamer Anlaß gegeben war, das Recht des Hauptstamms in allen Beziehungen zu wahren. Vergl. Seuffert's Archiv XIII. Nr. 6. u. 122. Wenn übrigens Thon a. a. O. §. 11. anzunehmen scheint, bei einem auf bestimmte Kündigungszeit gegebenen Darlehn (z. B. 3 Monate nach Kündigung zahlbar) könne auf keinen Fall die Verjährung anfangen, so lange die Kündigung nicht geschehen ist, und hieran könne auch durch die unterbliebene Zinszahlung nichts geändert werden, so steht entgegen, daß die stipulirte Kündigung, wie v. Savigny a. a. O. bemerkt, nur als eine Mahnung an eine allerdings unbedingte Verbindlichkeit, und nicht als eine Bedingung, von welcher das Recht selbst abhinge, zu betrachten ist. Diese Ansicht wird auch dadurch bestätigt, daß, wenn im Vertrag keine Kündigungszeit bestimmt ist, der Richter entweder durch gesetzliche Bestimmung — wie im preuß. Landrecht Thl. I. Tit. XI. §. 761. u. 762. — oder durch die aus der Natur des Geschäftsverkehrs entstandene Observanz bestimmt wird, dem Schuldner eine solche Frist zur Zahlung offen zu lassen. Es dürften demnach mit v. Savigny a. a. O. S. 308. nur folgende Modificationen anzunehmen seyn:

a) wenn bedungen war, 3 Monate nach vorgängiger Aufkündigung zu zahlen, so fängt die Verjährung der Schuldklage erst 3 Monate

nach nicht eingehaltenem Zinstermin an, weil selbst im Fall einer ausdrücklichen in jenem Zeitpunkt ausgesprochenen Kündigung erst nach 3 Monaten geklagt werden konnte; vgl. Erk. des O.-Tribunals in Stuttgart in Tafel auserlesenen Civilrechtssprüchen H. 3. S. 273.

b) ist für das ganze Darlehn ein bestimmter Zeitraum, z. B. von 10 Jahren, ausbedungen, so fängt die Verjährung erst am Ende der 10 Jahre an, selbst wenn frühere Zinsen ausgeblieben sind, weil vor jenem Zeitpunkt in keinem Fall das Capital eingeklagt werden konnte. — Ein besonderer Fall würde eintreten, wenn der Schuldner nach Ablauf der 10 Jahre im Besitz des Geldes verblieben wäre und nun wieder Zinsen bezahlt hätte. Darin läge nämlich eine stillschweigende Erneuerung des Darlehns, nun aber auf unbestimmte Kündigung; hier gälte also die Regel für die Verjährung eines

c) auf Kündigung ohne Zeitbestimmung gegebenen Darlehns, welchem die Verjährung von 30 Jahren von der ersten ausgebliebenen Zinszahlung an läuft.

Wenn es in Frage steht, ob und seit wann die Zinsenzahlung unterblieben sey, so muß der Schuldner die unterbliebene Zinszahlung beweisen, weil die negative Thatsache der ausgebliebenen Zinszahlung gesetzlich als Anfangspunkt der Verjährung ausgedrückt ist; s. v. Savigny System Bd. V. S. 309.

Bei der Klage aus einem unverzinslichen Darlehn sind bezüglich der Verjährung verschiedene Fälle zu unterscheiden:

a) wenn im Vertrag keine Zeit der Rückzahlung bestimmt ist;
b) wenn die Heimzahlung auf vorgängige Aufkündigung, und zwar mit oder ohne Hinzufügung einer Zeitbestimmung (z. B. 3 Monate nach Aufkündigung) bedungen war;
c) wenn der Schuldner sich verpflichtet hatte, sobald als möglich, oder nach Gelegenheit, etwa nach und nach zu bezahlen.

Zu a) Mit vielem Grund wird behauptet: in diesem Fall könne die Verjährung vor Rückforderung des Geldes von Seite des Gläubigers nicht anfangen; denn bis dahin behält der Schuldner das Geld aus dem Recht des Vertrags, und ohne eine Verletzung, ohne irgend eine Veranlassung zur Klage könne das noch gar nicht entstandene Klagrecht auch nicht verjähren. Mit dieser Ansicht, welche v. Savigny a. a. O. S. 293. mit Widerlegung der von den Gegnern auf l. 94. §. 1. D. 46. 3. versuchten Berufung ausführt, stimmen überein Kierulff Theorie ꝛc. Bd. I. S. 193. u. 197; Sintenis prakt. Civilr. I.

S. 288. der II. Aufl., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. §. 40, Puchta Lehrb. §. 90. und dessen Vorlesungen S. 190. no. 3. Die Gegner dieser Meinung, worunter vorzüglich v. Vangerow im civil. Archiv Bd. XXXIII. S. 292. ꝛc. u. Pand. I. §. 147. S. 254. der VI. Aufl. u. Lenz Studien und Kritiken (1847) S. 240. zu bemerken sind, finden die Voraussetzung, daß eine Klage nicht ohne eine vorhergegangene Rechtsverletzung entstehen könne, unrichtig, und mithin auch die daraus gezogene Folgerung. Grundsatz des römischen Rechts sey: wenn keine besonderen Nebenbestimmungen über die Art der Zahlung vorliegen, daß der Gläubiger alsbald zu fordern berechtigt wird, l. 94. §. 1. D. 46. 3. 1., folglich müsse auch die Verjährung seiner Klage schon von dieser Zeit anfangen, indem mit dem Abschluß der obligatio die Klage schon vollkommen begründet oder geboren sey. Bei Darlehnen auf unbestimmte Zeit ist ja auch das Rückforderungsrecht gleichzeitig entstanden. Dafür spricht auch überhaupt das praktische Bedürfniß, aus welchem das Recht der Klagverjährung hervorgegangen ist, daß nämlich derjenige, welcher sein Recht 30 Jahre lang ganz ungebraucht läßt, während er dasselbe zu gebrauchen nicht rechtlich verhindert war, kein richterliches Gehör dafür mehr verlangen kann. Kori Theorie der Verjährung §. 45, Unterholzner Verjährungslehre II. S. 305. der II. Aufl., Schweppe röm. Privatr. I. §. 170, Kind qu. for. Ed. II. Tom. III. Cap. 35. Damit stimmt überein das preuß. Landrecht Thl. I. Tit. IX. §. 545. Vergl. Simon und Strampff Entsch. des Obertribunals Bd. III. no. 20. S. 165, das österreichische Gesetzbuch §. 1478 u. 79. und das bayerische Landrecht; s. Kreittmayr Annot. ad Cod. Max. Civ. P. II. Cap. IV. §. 4. lit. d., Düprel Sammlung bayerischer Rechtsfälle Bd. VIII. S. 88., so auch die Erkenntnisse des O.-A.-G. in Celle in Seuffert's Archiv Bd. VI. S. 462. und des O.-A.-G. in München ebend. Bd. V. no. 272.

Zu b) Einige wollen zwar bei einem auf Kündigung unter bestimmter Frist, z. B. „3 Monate nach Aufkündigung zahlbar" gegebenen Darlehn die Verjährungsfrist von dem Tage an beginnen lassen, wo die Aufkündigung möglich war, indem sie sich auf die — bekanntlich sehr bestrittene — Regel der Glossatoren berufen: toties praescribi actioni nondum natae, quoties nativitas sit in potestate creditoris: sie statuiren daher, die Klage verjähre zwar nicht unmittelbar von der Zeit des gegebenen Darlehns, jedoch allerdings mit Zurechnung der stipulirten Aufkündigungsfrist; s. Unterholzner a. a. O. Bd. II. S. 305. der II. Aufl., Kori a. a. O. §. 45, Kind qu. for. T. III. Cap. 35. Allein die richtige Meinung ist gewiß die, daß in

diesem Falle die Verjährung erst dann anfange, wenn die Kündigung wirklich erfolgt und die stipulirte Frist abgelaufen ist, §. 2. J. 3. 16. — l. 186. D. 50. 17. — l. 7. §. 4. C. 7. 39. Denn vorher war die Anstellung der Klage rechtlich unmöglich und wo die Klage erst in Folge einer vorausgegangenen ein bestehendes Rechtsverhältniß auflösenden Handlung entsteht (nascitur), kann von einer Klagverjährung nicht die Rede seyn; s. Thon in Linde's Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. VIII. S. 1, v. Vangerow a. a. O., Schweppe a. a. O. Bd. I. §. 170., v. Savigny a. a. O., Sintenis a. a. O., Kierulff a. a. O. S. 195.

Wenn der Gläubiger sich die Rückzahlung des Darlehns schlechthin nach Kündigung ausbedungen hat, ohne Beifügung einer weiteren Frist, so scheint zwar, wie auch v. Savigny a. a. O. S. 295. annimmt, die nämliche Entscheidung gegeben werden zu müssen; allein nach der richtigeren Meinung, s. Thon in Linde's Zeitschr. Bd. VIII. S. 1. 2c. §. 13, v. Vangerow a. a. O. S. 254. der VI. Aufl., Kori Theorie der Verjährung §. 45. hat es doch wohl damit eine andere Bewandtniß. Im vorigen Fall nämlich hatte das ganze Geschäft einen Aufschub der Realisirung mit sich gebracht, cum solvendi tempus obligationi additur, nisi eo praeterito, peti non potest. §. 2. J. 3. 16. — l. 186. D. 50. 17. Die Verjährung konnte daher in diesem Falle nur post conditionis exitum, vel post institutae diei certae vel incertae lapsum beginnen, l. 7. §. 4. C. 7. 39., dahingegen man in dem gegenwärtigen Falle zugestehen muß: der Ausdruck „cum petiero" ist weder als dies noch als conditio zu betrachten, l. 48. D. 45. 1., mithin muß die Verjährung sogleich mit Abschluß des Vertrags beginnen. Nach sächsischem Recht beginnt die Verjährung einer Schuldforderung, im Fall Aufkündigung ohne Zeitbestimmung stipulirt war, s. Generale dd. 14. December 1801. §. 1. u. 6. nach Ablauf eines sächsischen Jahres von Zeit der entstandenen Schuld; Kori a. a. O. §. 45. S. 73.

Zu c) In diesen Fällen wird die Verjährung gewöhnlich erst mit dem Tode des Verpflichteten — wenn dieser nicht etwa bei Lebzeiten die Zahlung bereits dargeboten hat — anfangen können.

Ist die Zahlung „nach Gelegenheit" oder „nach Bequemlichkeit" des Schuldners (cum commodum erit oder cum commodissimum esset) stipulirt, so scheint die Zahlungszeit ohnedies wesentlich dem arbitrium des Schuldners heimgegeben, — s. Quistorp rechtl. Bemerkungen Thl. II. S. 169, Berger Oecon. jur. L. III. Tit. I. th. 8. no. 1, Leyser Spec. 528. Med. 13; vergl. preuß. Landr. Thl. I. Tit. V,

§. 236 238. und österreichisches Gesetzb. §. 904., welches jedoch nicht schlechthin excediren und in Chikane übergehen darf; l. 79. §. 1. D. 23. 3. — l. 125. D. 50. 16. — Ist die Zahlung „nach Thunlichkeit“ versprochen, so hat das richterliche Ermessen eine noch weitere Sphäre. Ist nun die Frage bei Lebzeiten des Schuldners zur Contestation gekommen, so wird erst von dem richterlichen Erkenntniß an die Verbindlichkeit bezüglich der Zahlungszeit positiv, und wird auch von dieser Zeit an verjähren. Ist es aber zu einer Contestation darüber nicht gekommen, so involvirt das Verhalten beider Theile eine übereinstimmende Anerkennung, daß der Zeitpunkt noch nicht gekommen war, wo der Schuldner nach Möglichkeit oder Bequemlichkeit zahlen konnte, mithin kann die Verjährungszeit erst mit seinem Tod anfangen, analog der l. 4. D. 19. 2. — Eine abweichende Bestimmung hat das sächsische Recht, welches statuirt: wenn der Schuldner versprochen hat, „sobald als möglich“, „nach und nach“, oder „bei guter Gelegenheit“ zu zahlen, so sey er nach Jahresfrist vom Abschluß des Geschäfts zu zahlen verbunden; s. Anhang z. erläut. Proc.=O. §. 6, dazu Kori a. a. O. I. S. 74. §. 45.

Die Frage: wann die Verjährung des Wiedereinlösungsrechts eines Verkäufers, welcher sub pacto de retrovendendo verkauft hat, beginne, wird von den Rechtsgelehrten sehr verschieden beantwortet. Unterholzner in der Verjährungslehre §. 265. nimmt gleich einigen älteren Rechtslehrern an, daß schon vom Abschluß des Vertrags die Verjährung beginne. v. Vangerow a. a. O. I. §. 147. S. 257. der VI. Aufl. modificirt dies dahin, daß von der Uebergabe der verkauften Sache an den Käufer die Verjährungszeit zu laufen anfange, denn früher war dies ja gar nicht möglich, wie schon Thon in Linde's Zeitschrift Bd. VIII. S. 3. gezeigt hat. Gerade entgegengesetzt statuirt Höpfner im Instit. Comm. §. 873., es könne dem Wiederverkaufs=Berechtigten gar keine Verjährung laufen, wenn er sich den Wiederkauf ohne einen terminus ad quem vorbehalten habe; denn ein ohne Zeitbeschränkung eingeräumtes Recht müsse immer offen bleiben; in den Gesetzen finde sich eine Verjährungsfrist nur für die Klagen festgesetzt, der Wiederkaufsberechtigte habe ja aber, so lange keine Weigerung, oder kein factum contrarium von Seite des Andern eingetreten ist, gar keine Veranlassung zur Klagbarmachung seines Rechts.

Zu demselben Resultat scheint die Meinung Thibaut's über Besitz und Verjähr. II. S. 124. §. 43. zu führen, wenn er die Verjährbarkeit des Wiedereinlösungsrechts des Verkäufers erst von dem

Augenblick annimmt, da der Käufer dem Verkäufer die Sache gegen den angebotenen Preis nicht zurückgeben wollte, es mag nun ein dies a quo bestimmt seyn oder nicht. Denn — sagt Thibaut — eher war ja der Käufer nicht in einem widerrechtlichen Zustand. — Am unbedenklichsten wird man wohl einer mittleren Meinung folgen, welche Glück Thl. XVI. §. 998. S. 209 ff. unter vollständiger Anführung der Literatur über diese Streitfragen und mit Rücksicht auf Weber's Anmerkung zu Höpfner §. 873. no. 7. dahin aufstellt: man müsse unterscheiden, ob das Rückkaufsrecht nur schlechthin ohne Zeitbeschränkung stipulirt sey, oder sogar mit bestimmtem Ausschluß einer Zeitbeschränkung, z. B. mit den Worten: „zu jeder Zeit — wenn es dem Verkäufer gefallen wird, — über kurz oder lang, — zu ewigen Zeiten." Im ersten Fall laufe ihm die actio venditi, mittels welcher er sein Recht geltend machen müsse, 30 Jahre lang von dem Zeitpunkt, wo er seinem Käufer die zurückzuerwerbende Sache übergeben hatte, im zweiten Fall könne das Wiederkaufsrecht auch nach 30 und mehr Jahren geltend gemacht werden, weil es so bedungen und diese Stipulation nicht gesetzlich verboten war; s. l. 31. §. 22. D. de aedil. edict., wo Ulpian sagt: Si convenerit, ut in perpetuum redhibitio fiat, puto, hanc conventionem valere. —

Hinsichtlich des Verkaufs sub lege addictionis in diem statuiren Manche einen 30jährigen Zeitraum ex tempore contractus, wenn in dessen Lauf dem Verkäufer ein besseres Angebot gemacht worden ist. Stryk Us. mod. Lib. 18. Tit. 2. §. 8., Boehmer Jus Dig. ad tit. de addict. in diem §. 4., Wernher lect. comm. ibid. §. 1. Dagegen aber Thibaut a. a. O. S. 125. u. Mencken de act. for. pag. 224. statuiren, daß erst von der Zeit an, da dem Verkäufer ein besseres Angebot gemacht und von ihm angenommen wurde, die Verjährung zu laufen anfangen könne. —

Nach allgemeinen Grundsätzen endlich läuft die Verjährung Unmündigen gar nicht, und Minderjährigen nur die 30jährige Verjährungszeit, jede kürzere aber erst vom Eintritt der Volljährigkeit an, wobei übrigens ein sonst zur in integrum restitutio geeigneter Fall vorausgesetzt wird, weil Justinian, statt dieser, jene die Minderjährigen schon ipso jure sichernde Vorschrift gemacht hat; l. 5. C. 2. 41, Unterholzner Verjährungslehre Bd. I. §. 35. und 137, Puchta Pand. §. 75.

Wenn willkürlich der Kläger unter Zwei ihm im nämlichen Momente zustehenden Klagen die Eine, ihm vielleicht mehr Vortheil versprechende, z. B. die Lehnsrevocatorienklage gewählt hat, während er

auch eine Retractsklage hätte erheben können, so kann er, wenn diese in der Zwischenzeit verjährt ist, nicht mehr auf sie zurückgreifen; s. Erk. des O.=A.=G. in Jena, im Wochenbl. für Rechtsfälle 1852. S. 397.

Zu 4) Bei den Verjährungsfristen von 1 Jahr und darunter gilt utile tempus, l. 19. §. ult. l. 31. §. 22. l. 55. D. 21. 1. — bei längeren continuum; bei allen Klagverjährungen wird die civile Zeitrechnung dergestalt angewendet, daß die Verjährung erst mit Ablauf des Kalendertags, in dessen Umfang der natürlich berechnete Endpunkt (das momentum temporis) fällt, vollendet wird; l. 6. D. 44. 7. Unterholzner Verjährungslehre, Bd. I. §. 86—90.

Zu 5) Die in den Grundsätzen der Verjährung durch das canonische Recht, c. 5. u. c. 20. X. de praescript. 2. 26. bewirkte Veränderung hat diese Frage in Zweifel verwickelt. Unstreitig ist es zwar, daß nach diesen Vorschriften die bona fides, welche nach röm. Recht nur beim Anfang des Besitzes nöthig war, nunmehr während der ganzen Dauer des Besitzes erforderlich ist; ob dieses aber blos auf die Usucapion oder auch auf die Klagenverjährung zu beziehen sey, ist streitig. Mehrere beziehen die angeführten Gesetzesstellen blos auf die Usucapion; s. Seuffert Erörterungen Abthl. I. S. 134, Kierulff Theorie Bd. I. S. 206., wohl auch auf die in rem actiones, nicht aber auf persönliche Klagen, s. Boehmer Jus novum controv. T. I. Obs. 8. — Mencken Diss. an requiratur bona fides in praescript. act. personal. §. 18. etc. — die älteren Praktiker aber fast alle auf die Klagenverjährung überhaupt in ihrem uneingeschränkten Umfang; s. Lauterbach Coll. th. pr. Lib. 44. Tit. 3. §. 17, Stryck Usus mod. Lib. 44. T. 3. §. 2, Struve Exercitia 43. th. 21, Pufendorf T. I. Obs. 115, Höpfner's Institutionen=Commentar §. 1182, Hofacker Princ. jur. civ. §. 870, Rave de praescr. §. 19. 93. 131. und 132, Thibaut über Besitz und Verjährung S. 82. und im System des P. R. §. 1008. Ed. 8, Braun's Erörterungen hiezu S. 873, Leyser Spec. 455. Med. 8. Die meisten Neuern aber deduciren aus gewichtvollen Gründen, daß die Ausdehnung des Erfordernisses der bona fides auf persönliche Klagen nur dann stattfinde, wenn diese auf Restitution einer unrechtmäßig besessenen Sache gehen, mithin die b. f. nur gegen den debitor rei alienae, z. B. bei der actio commodati, depositi, pignoratitia, locati (wenn diese auf Rückgabe der Sache, nicht auf Miethgeld oder Schadensvergütungen gerichtet werden), aber nicht gegen den debitor rei propriae in Betracht kommen; s. vorzüglich v. Savigny System Bd. V. S. 331,

Wernher Obs. For. T. I. P. I. Obs. 183, Boehmer J. Eccl. Pr. Lib. II. Tit. 26. §. 52.—58., Cocceji Lib. 41. T. 3. qu. 30, Göschen Vorlesungen Bd. I. §. 153, Möllenthiel über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung §. 25—32., welcher jedoch noch weiter geht, indem er ausführt, daß weder aus der allgemeinen Fassung des cap. ult. X. de praescript., noch aus dem beigefügten Grunde, noch aus der allgemeinen Vermuthung für Billigkeit bewiesen werden könne, daß das canonische Recht überhaupt für die Klagverjährung guten Glauben vorgeschrieben habe.

In der sächsischen Jurisprudenz galt früher auch das Erforderniß der bona fides; der neuere Gerichtsbrauch aber hat sich für Verneinung der Frage entschieden, ausgenommen bei Klagen, welche auf eine species gerichtet sind, welche sich im Besitz des Gegners befindet,*) oder wie die Facultät Halle in einem Urtheil v. J. 1841 (s. sächs. Wochenbl. für Rechtsfälle 1852. S. 378.) sich ausdrückt, „bei Klagen, durch welche eine Sache verfolgt wird, wobei von conscientia rei alienae die Rede seyn kann." Allein festzuhalten ist doch stets, daß fides dubia, welche aus dem Bewußtseyn, ein Anderer formire Ansprüche auf jene Sache, entspringt, die mala fides an sich nicht erzeugt, sondern eine eigentliche mala fides superveniens erfordert wird, um in solchem Falle den Lauf der begonnenen Verjährung zu unterbrechen. Vgl. auch Seuffert's Archiv XII. No. 245. XIII. No. 80. XIV. No. 203.

Derjenige, welcher auf Herausgabe einer Sache wegen Näherrechts belangt wird, kann sich durch Verjährung schützen, ohne daß die replica malae fidei ihn träfe. C. 5. u. 20. X. 2. 20. sind nur anwendbar, wenn der Verjährende durch die Präscription vor Herausgabe einer fremden Sache sich schützen wollte. Der Retrahent ist aber bis dahin nicht Eigenthümer. Möllenthiel vom guten Glauben §. 22, Unterholzner Verjährungslehre Bd. I. S. 309. Erk. d. O.-A.-G. Jena in Emminghaus S. Pand. S. 790. no. 44. und 48.

Zu 6) Der Stillstand der Verjährung, welcher entweder ihren Anfang oder ihren Fortlauf hindern kann, wird in der Regel nicht durch blos factische, sondern nur durch rechtliche Hindernisse der Klaganbringung bewirkt, und nur diese sind unter der Regel agere non valenti non currit praescriptio verstanden. Factische Hindernisse kommen nur da, wo utile tempus gilt, nämlich bei den kürzeren Ver-

*) S. Emminghaus sächs. Pand. S. 791. no. 47. u. S. 838 no. 9. 10. Schwarze und Heyne Unters. S. 283. Ed. II.; vergl. vorzüglich die Samml. d. Entscheid. d. geh. Obertribunals in Berlin Bd. VII. S. 264.

jährungsfristen, in Betracht. Rechtlicher Hindernisse wegen muß die Verjährung beispielsweise ruhen: für den Vindicanten seiner eigenthümlichen Baumaterialien, so lange das Gebäude steht, in welches der Andere sie verbaut hat, §. 29. J. 2. 1. — l. 7. §. 10. D. 41. 1. — für den Gläubiger, während sein Schuldner durch ein Moratorium gedeckt ist, — für den Erbschaftsgläubiger während der Inventurs- oder Deliberationsfrist, l. 22. §. 11. C. 6. 30. — für die Ehefrau wegen ihrer Dotalsachen, so lange die Ehe besteht, l. 30. C. 5. 12. — l. 7. §. 2. C. 7. 40., es wäre denn, daß die Ehefrau durch die Insolvenz ihres Mannes schon während der Ehe zu klagen berechtigt war. — Die Verjährung ruht ferner für den filius familias, welcher die vom Vater ungiltig veräußerten Adventizgüter reclamiren will, so lange die väterliche Gewalt noch nicht geendigt ist, l. 1. §. 2. C. 7. 40. Unterholzner a. a. O. Bd. I. §. 80. 88.

Daß nicht allein bezüglich des Mutterguts, sondern auch überhaupt wegen des dem väterlichen Nießbrauch unterworfenen Vermögens der unter väterlicher Gewalt befindlichen Kinder während deren Dauer die Klagen dieser Kinder ruhen, und die Verjährungsfrist erst mit der Aufhebung der väterlichen Gewalt zu laufen anfängt, ist aus der Verbindung der l. 1. 2. C. 6. 60., welche die Pflicht des nutznießenden Ascendenten, für die Erhaltung dieser Art von Adventizgut zu sorgen, nur ganz besonders hervorhebt, mit anderen Gesetzstellen, welche in sehr allgemeinen Ausdrücken sprechen, abzunehmen; Nov. 22. c. 24. — l. 1. §. 2. C. 7. 40., während die Gesetze es dem Richter ausdrücklich zur Pflicht machen, gesetzliche Bestimmungen wegen Identität der Gründe auch auf andere übergangene Fälle anzuwenden; s. Erk. des Cassations- und Revisionshofs in Berlin, in Volkmar Jurisprudenz S. 251. — Hieher gehört auch, was von Unmündigen und Minderjährigen gesagt ist.

Zu 7) Nein; weil man entweder gegen den Curator agiren oder bei Gericht Verwahrung einlegen, oder die Insinuation durch Anschlag an die Wohnung des Gegners bewirken konnte; l. 2. C. 7. 40.

Zu 8) Justitium — Krieg*), c. 10. X. 2. 26. can. 13. causa 16. qu. 3., so lange nämlich die feindliche Invasion dauert. — Insbesondere schläft die Verjährung gegen die von einem Kirchenvorsteher vorgenommene Veräußerung der Kirchengüter so lange, als derselbe

*) Nach der gemeinen Meinung ist dies nicht blos als ein Privilegium der Kirchen zu verstehen, wie es allerdings nach den angeführten Stellen des canonischen Rechts scheint, s. Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. VII. S. 274. sondern gemeingültig.

im Amt bleibt, sowie in Betreff der Erhaltung bischöflicher und kirchlicher Rechte, während der Bischofssitz unbesetzt, oder wenn ein Schisma eingetreten ist, c. 15. X. 2. 26. Irrthum und Unwissenheit kommen nur beim tempus utile in Betracht; l. 55. D. 21. 1. — l. 10. D. 37. 1. l. 12 in f. C. 7. 33. — l. 3. in f. C. 7. 39. — Nov. 119. c. 7. — v. Vangerow Pand. Bd. I. S. 694. der VI. Aufl. und Schirmer in Unterholzner's Verjährungslehre, Bd. I. §. 88. S. 284.

Zu 9) Sie kann unterbrochen werden:

a) durch Aufhebung der Verletzung, l. 7. §. 5. C. 7. 39. si quis eorum, quibus aliquid debetur, res sibi suppositas sine violentia tenuerit, per hanc detentionem fit interruptio praeteriti tèmporis (interruptio naturalis);

b) dadurch, daß man ein Anerkenntniß des Rechts von Seite des Verpflichteten auswirkt, s. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Thl. I. S. 110. Diese Wirkung kann jedoch nicht blos irgend einer mündlichen oder schriftlichen Aeußerung beigelegt werden, sondern nur einer solchen Handlung, welche die Natur eines Rechtsgeschäftes hat, vgl. l. 7. §. 5. C. 7. 39. — l. 19. C. 4. 21. — l. 5. C. 8. 40. — l. 18. §. 1. D. 13. 5., oder geeignet ist, den Grundsatz anwendbar zu machen: confessus pro judicato habetur; Seuffert und Glück in den Blättern f. Rechtsanwendung Bd. XII. S, 367, v. Savigny System Bd. V. S. 314., Sintenis pract. gem. Civilr. Bd. I. §. 31. Anm. 51., Seuffert's Archiv X. No. 223.

c) Durch interruptio civilis. Ob diese schon durch die bloße Einreichung der Klage, oder erst durch die gehörig insinuirte Ladung bewirkt werde, ist bestritten. Einige behaupten: die erlöschende Verjährung werde schon durch die bloße Einreichung der Klage, die erwerbende aber erst durch die gehörig insinuirte Klage unterbrochen; einen andern Unterschied machen Andere dahin, daß die Verjährung der perpetuae actiones schon mit der Mittheilung der Klage an den Verklagten, die der temporales hingegen erst mit der litis contestatio unterbrochen werden soll; siehe Fritz zu Wening Bd. I. S. 120., dagegen v. Savigny System Bd. V. S. 318. not. 5. Puchta in seinen Vorlesungen S. 191. sagt: „Die Anstellung der Klage ist der unterbrechende Act, ihre Wirksamkeit aber muß durch die nachfolgende Ladung bekräftigt seyn.“ Dieser Ansicht, welcher auch v. Savigny System Bd. V. S. 317. ungeachtet seiner zum Theil nicht ganz klar ausgesprochenen

Meinung, Gerechtigkeit widerfahren läßt, folgt auch Sintenis pract. gem. Civilr. Bd. I. S. 291. §. 31. not. 52. und die Praxis der Großherzogl. Hessischen Gerichte; s. Schäffer in Linde's Zeitschr. N. F. Bd. VIII. S. 276. Eben so ist in Sachsen durch ein Gesetz vom 20. Juni 1846 der Grundsatz adoptirt worden (s. Emminghaus sächs. Pandecten S. 794. no. 63): Jede Verjährung wird durch Insinuation des ersten die Ladung verfügenden Decrets unterbrochen; s. Pfotenhauer über die Unterbrechung der Klagenverjährung und die dort S. 2. angeführte Literatur, welcher Bayer's Vorträge S. 314. beizufügen sind. [Ist die Klagmittheilung mit Unrecht versagt worden, so wird der Verjährungslauf schon durch das Klaganbringen unterbrochen: Seuffert's Archiv. VIII. No. 228.]

Die Vorladung muß von einem competenten Richter l. 7. C. 7. 21., kann aber auch von einem Schiedsrichter ausgegangen seyn, l. 5. §. 1. C. 2. 56., gleichviel übrigens, ob im Wege des possessorischen oder petitorischen Processes, l. 3. C. 2. 56; Martin Lehrb. des gem. Proc. §. 152. Ed. X. Es schadet auch nicht, wenn die Klage vom Richter als fehlerhaft behandelt wurde, wenn sie nur dem Beklagten insinuirt worden ist, s. Martin a. a. O.

Außergerichtliche Mahnung genügt zur Unterbrechung der Klagenverjährung zwar in der Regel nicht, s. Seuffert Pand.-Recht §. 29. und ein in dessen Blättern f. Rechtsanwendung Bd. 12. S. 365. angeführtes Erkenntniß des O.-A.-G. in München, desgleichen v. Savigny a. a. O. S. 315*), doch kann in dem Falle, wenn der Beklagte wegen eines factischen Hindernisses nicht unmittelbar in Anspruch genommen werden kann, eine schriftliche Erklärung, klagen zu wollen, oder eine allgemeine Angabe des Rechts bei Gericht auch die Stelle einer förmlichen Klage vertreten, l. 2. C. 7. 40.

Die Frage: ob eine erfolglos angestellte Besitzklage die Verjährung der Eigenthumsklage unterbreche? ist gleichfalls zu bejahen; s. v. Savigny System Bd. V. S. 320. not. d., Sintenis Civilr. Bd. I. S. 291. not. 52; Unterholzner Verjährungslehre Bd. I. S. 446. der II. Aufl. stimmt damit wesentlich überein, indem er annimmt, daß die verlorene Zeit dem Kläger zu gute gerechnet werde.

---

*) Zwar behaupten einige Rechtslehrer, daß sie genüge, weil sie den Gegner in malam fidem versetze, s. Wernher Obs. P. I. obs. 164. P. VI. obs. 400., v. Gönner Rechtsfälle Bd. IV. S. 394., allein nun ist man doch wohl allgemein darüber einverstanden, daß zur Extinctivverjährung nicht allemal bona fides erfordert werde.

[Ueber die Wirkung einer insinuirten, aber in angebrachter Maße abgewiesenen Klage s. Seuffert's Archiv IX. No. 251.]

Unzweifelhaft wird, wenn ein Hypothekgläubiger die persönliche Klage gegen den Schuldner anstellt, dadurch auch die Verjährung der Hypothekenklage unterbrochen, und so auch umgewandt, l. 3. C. 7. 40.

Die Frage: ob durch Anstellung der Klage gegen den Schuldner die Verjährung auch gegen den dritten Besitzer des vom Schuldner constituirten Unterpfands unterbrochen werde? wird zwar von Manchen bejaht, aber die Gesetze enthalten nichts von einer solchen mittelbaren Unterbrechung, vielmehr scheint eben daraus, daß nur bei Correalverhältnissen die Klage gegen Einen Schuldner auch gegen den Andern die Unterbrechung bewirken kann, l. 5. C. 8. 40. zu folgen, daß bei einem blos accessorischen Verhältnisse nicht dasselbe gelten könne; s. Thon in Linde's Zeitschr. Bd. VIII. S. 5., v. Savigny System Bd. V. S. 321., Schirmer in Unterholzner's Verjährungslehre Bd. I. §. 125. Anm. 430.

Ob durch Erhebung einer Exception die Unterbrechung der Verjährung der aus demselben Rechtsverhältniß entspringenden Klage bewirkt werde, — ein Fall, welcher vorkommen kann, wenn der erste Proceß, in welchem die Exception vorgebracht wurde, liegen geblieben ist, oder der Richter die Exception unentschieden gelassen und aus einem andern Grund entschieden hat — ist zu verneinen; s. v. Savigny a. a. O. S. 321., Unterholzner a. a. O. Bd. I. §. 128.

Sind unter denselben Personen mehrere Rechtsverhältnisse streitig, und der Klaglibell ist so unbestimmt gefaßt, daß es ungewiß bleibt, welchen Rechtsstreit er im Bezug hat, so muß, wenn es sich um Unterbrechung der Verjährung handelt, angenommen werden, daß die Unterbrechung für die mehreren Klagen gelte, l. 3. C. 7. 40. Die Verjährung der Litispendenz [vgl. Unterholzner a. a. O. Bd. I. §. 125. S. 446. 447., v. Vangerow Bd. I. S. 267. ff.] wird nicht allein durch Handlungen der Parteien, sondern auch des Gerichts unterbrochen. Schon die l. 9. C. 7. 39. darf verb. cognitio nicht blos von jenen verstanden werden, l. 22. D. 49. 1. Das in Deutschland übliche schriftliche Verfahren führt nothwendig auf Thätigkeit des Richters, wobei die Parteien nicht mitwirken, nämlich auf schriftliche Decrete; s. v. d. Nahmer Entsch. II. S. 329, Linde's Zeitschr. II. S. 179., Wochenbl. für Rechtsf. 1852. S. 379. Daß Nov. 23. c. 2., welche von dem Fall spricht, da des Kaisers Majestät durch andere Geschäfte abgehalten ist, Rath zu halten, auf die an Obergerichte, welche formell nomine Principis sprechen, gelangenden Ap-

pellationen unanwendbar ist, wurde vom O.=A.=G. in Dresden angenommen; s. Nehrhof Archiv V. S. 81. Das O.=A.=G. in Cassel schloß obige Verjährung aus bei rechtskräftig entschiedenen Sachen, wo schon 30 Jahre hinreichen, und bei Concursen, wo officielle Betreibung Pflicht des Gerichts ist; s. Strippelmann Entsch. III. Abth. 2. S. 98.

Zu 9 b) Die l. 16. C. 3. 28. führt allerdings zu dem Grundsatz, daß die auf die erste Klage verlorene Zeit dem Klagberechtigten nicht angerechnet werden dürfe. Wenn also derselbe gegen ein Testament die Nichtigkeitsklage angestellt hat, und über diesen mißlungenen Proceß 5 Jahre abgelaufen sind, auf welche die Anstellung der qu. inofficiosi beschränkt ist, so kann ihm doch, wenn er nun die qu. inofficiosi testam. anstellen will, die Einrede der Verjährung nicht entgegengesetzt werden; denn er war nicht säumig, sondern nur irrig in der Art und Weise des Angriffs. Dasselbe gilt auch im umgekehrten Fall, wenn er zuerst die Inofficiositätsklage angestellt hat, und nach deren Mißlingen auf eine Nichtigkeitsklage recurrirt; l. 14. C. 3. 28. — l. 8. §. 12. u. 17. D. 5. 2., Glück Thl. VII. S. 461. Eben so, wenn die erste Klage angebrachtermaßen abgewiesen und inzwischen die Verjährungszeit für die verbesserte Klage abgelaufen wäre, oder wenn dieselbe während des verunglückten possessorii abgelaufen ist, und der Kläger nun petitorisch klagt, sollen die Zeitausfälle, welche die Besitzstreitigkeit gekostet hat, abgerechnet werden; s. Unterholzner Verjährungslehre Bd. I. S. 446., Kori Theorie der Verj. §. 167. Dieser Grundsatz der Billigkeit scheint aber einer Beschränkung auf den Fall zu unterliegen, wenn der Anspruch des Klägers zwar völlig abgewiesen wurde, demungeachtet aber ein anderer Anspruch noch übrig ist, der zwar in der Begründung sich unterscheidet, in dem wesentlichen Zwecke aber mit dem zurückgewiesenen übereinstimmt, mithin nicht etwas ganz anderes bezweckt; s. Unterholzner a. a. O. S. 445. Hatte z. B. ein Kläger die Lehnsrevocatorienklage, und da diese mißlang, hinterher die während dieser Zeit verjährte Retractsklage ergriffen, so wurde er nun auch mit dieser abgewiesen; s. Erk. d. O.=A.=G. Jena im Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1852. S. 397.

Zu 10) Dies läßt sich nicht behaupten, daher es auch nicht nöthig ist, den Begriff der res merae facultatis zu fixiren, sondern vielmehr ist Alles unverjährbar, was nicht durch positive Rechtsbestimmungen der Verjährung unterworfen ist. Da nun die Gesetze eigentlich nur von Klagenverjährung sprechen, so folgt nur so viel, daß jedes Recht

binnen 30 Jahren erlischt, wenn der Berechtigte in der Lage ist, daß er es klagend hätte verfolgen müssen, also nur dann, wenn ein Anderer sich überhaupt dieses Recht angemaßt hat; s. Thibaut Besitz u. Verj. II. §. 38, Unterholzner Verjährungslehre I. §. 25.

Die den persönlichen Rechtszustand betreffenden Klagen sind in Verjährungsgesetzen speciell nicht aufgeführt, jedoch indirect angedeutet; l. 4. C. 7. 39. — l. 1. §. 1. l. 3. C. 7. 40. — Si qua res vel jus aliquod postuletur, vel persona qualicunque actione vel persecutione pulsetur. Hiezu kommt noch, daß Kaiser Valentinian in der Nov. Valent. tit. 8. 12. gegen eingeschränkte Auslegung der Verjährungsgesetze ausdrücklich warnt, v. Savigny a. a. O.

Daß die Klagen des Fiscus wegen öffentlicher Abgaben der Verjährung nicht unterworfen sind, bestimmt l. 6. C. 7. 39, Unterholzner Verjährungslehre Bd. II. S. 403. der II. Aufl.; Dabelow über Verjährung Thl. II. §. 123, Der unvordenklichen Verjährung geben zwar die Reichsabschiede v. J. 1548. §. 59. u. v. J. 1576. §. 102. u. 103. statt, allein deren heutige Anwendbarkeit ist wohl nicht zuzugestehen. Vergl. Weiß System des heut. deutsch. Staatsr. §. 12. not. b. Ueber die in den meisten deutschen Staaten des deutschen Bundes bewirkte Aufhebung aller Steuerfreiheit s. Klüber öffentl. Recht des deutsch. Bundes S. 559. not. k.

Hinsichtlich der Verjährungszeit der fiscalischen Klagen folgt das O.=A.=G. in München der von v. Savigny und Puchta vertheidigten Lehre, daß diese Klagen nicht erst in 40., wie Schweppe im röm. Privatr. Bd. I. §. 172. und Andere behaupten, sondern in 30 Jahren verjähren; s. Seuffert und Glück Bläter für Rechtsanw. Bd. 13. S. 247. Uebereinstimmend sind die Lehrbücher von Wening=Ingenheim, v. Vangerow, Puchta u. Sintenis Civilr. Bd. I. S. 281. Anm. 11. (II. Aufl.).

Gegen die act. communi dividundo und fam. ercisc. gilt keine Verjährung zu dem Zweck, daß das gemeinschaftliche Gut immer ungetheilt bleiben müsse, wohl aber, wenn mit diesen Klagen entweder Zahlung als Ausgleichung oder Entschädigung gefordert wird, l. 1. C. 7. 40. — Was die act. fin. reg. betrifft, so folgt zwar daraus, daß, so lange die Grenzverwirrung dauert, kein bestimmter Besitz denkbar ist, daß auch keine Verjährung möglich sey; s. Thibaut Besitz und Verjährung II. §. 44. Allein, wenn der Streit eine Strecke Landes betrifft, welche mein Nachbar sich über die richtigen Grenzen hinaus angemaßt hat, und einen 30jährigen ruhigen Besitz beweisen kann, so steht mir allerdings die Einrede der Verjährung entgegen;

l. ult. C. 3. 39, Glück Thl. X. §. 719, v. Savigny a. a. O. Bd. V. S. 410.

Die ältere Gesetzgebung ließ auch da keine Verjährung zu, wo es sich nur um den gesetzlich vorgeschriebenen Grenzrain handelte (jurgium finale s. controversia finalis) — was h. z. T. blos Polizeisache seyn würde — zum Unterschied von der controversia de loco, welche schon als Eigenthumsstreit behandelt wurde, l. 3. l. 5. C. Th. fin. reg.

Ganz unverjährbar ist endlich nach l. 4. D. 8. 6. iter ad sepulcrum und die act. pignoratitia directa gegen den Gläubiger als Pfandinhaber, was in den neueren Hypothekenverfassungeu auch von den im Hypothekenbuch eingetragenen Forderungen gilt, so lange sie nicht gelöscht sind.

Zu 11) Erst in 40 Jahren verjähren:

a) und zwar von der letzten gerichtlichen Handlung an gerechnet, diejenigen Klagen, welche bereits angestellt waren, aber liegen geblieben sind, ohne durch Urtheil und Vergleich — denn darin läge eine Novation welche erst wieder einer neuen und zwar der gewöhnlichen Verjährung unterläge — erledigt worden zu seyn; l. 9. C. 7. 39. — l. 1. C. 7. 33. (Die von Manchen, z. B. Höpfner im Instit. Comm. §. 1191., Hofacker Princ. jur. civ. §. 875. versuchten Einschränkungen dieser Regel sind als ungegründet erwiesen; v. Savigny System Bd. V. S. 323, Thibaut a. a. O. §. 41.).

b) Die hypothekarische Klage, insofern sie gegen den Schuldner selbst oder dessen Erben gerichtet ist; l. 7. pr. u. §. 1. C. 7. 39. l. 1. C. 7. 40. —

c) Die Klage des Regenten in Beziehung auf die fundi patrimoniales betreffend, bemerkt v. Savigny a. a. O. S. 361., daß diese besondere Art von Domainengütern im heutigen Recht nicht mehr vorkomme, und bestreitet die häufig, z. B. von Thibaut Besitz und Verjährung II. S. 97. u. 129., Unterholzner a. a. O. Bd. I. §. 46. Bd. II. §. 259., Göschen Vorlesungen I. S. 437., Vangerow Pand. I. S. 259. der VI. Auflage, als in Praxi angenommen behauptete Ausdehnung dieses Privilegi auf die gemeinrechtlichen Klagen des Fiscus*) und sonach auch des Regenten und seiner Gemahlin, s. l. 6. §. 1. D. 49. 14.,

*) Gegen die Meinung, als verjährten die Klagen gegen den Fiscus erst in 40 Jahren, s. auch Seuffert und Glück Blätter für Rechtsanw. Bd. II. S. 247.; Sintenis Bd. I. §. 31. Anm. 7. und die Lehrbücher v. Puchta v. Wening-Ingenheim u. A.

z. B. als Eigenthümer, Gläubiger u. s. w., da, wie auch Puchta im Lehrb. §. 75. S. 71. bemerkt, das R. R. nur von den fundi patrimoniales spricht, während in einem andern Fall die 30jährige Verjährung zugelassen ist, l. 6. C. 6. 65.

d) Die Klagen der Kirchen und milden Stiftungen, Nov. 131. c. 6. Nov. 111., dauern 40 Jahre in den Fällen, für welche im Allgemeinen die 10—20—30jährige Verjährungszeit vorgeschrieben ist, nicht also für die kürzeren Klagverjährungen, insbesondere auch nicht für die von Justinian ausdrücklich erwähnte 3jährige Usucapion beweglicher Sachen; s. Unterholzner a. a. O. Bd. I. §. 41., v. Savigny System Bd. S. 358.

Die Meinung vieler älterer Juristen, daß auch die Städte denselben Vorzug der 40jährigen Verjährungszeit hätten, ist dahin zu berichtigen, daß sie zwar früher den Kirchen gleichgestellt waren, l. 23. C. 1. 2. — allein schon die Nov. 9. hat diese Ausdehnung nicht mehr, und nach der Nov. 111. mußte die 30jährige Verjährung wieder in Kraft treten; s. Unterholzner a. a. O. Bd I. §. 45., Leyser Sp. 459. Med. 9., Puchta Lehrb. d. Pand. §. 75., v. Savigny System Bd. V. §. 247. S. 359, v. Bülow u. Hagemann Erörter. Bd. IV. S. 26; vgl. l. 4. l. 6. C. 7. 39. — Pauli Sent. Rec. V. 2. §. 4.

Hundert Jahre sollen nach den päpstlichen Verordnungen, c. 17. C. 16. qu. 3. — c. 13. 14. 17. X. de praescr. 2. 26. — c. 2. de praescr. in VIto 2. 13. — Auth. quas actiones C. de ss. eccles. 1. 2. — die Klagen der römischen Kirche dauern, obwohl ein zureichender Grund zu mangeln scheint, indem durch die Nov. 111. sowohl die l. 23. C. de ss. eccles., als auch die Nov. 9. als aufgehoben anzusehen sind; siehe Unterholzner a. a. O. §. 42.

Fünfzig Jahre dauert die Klage auf Zurückforderung einer Spielschuld, nach l. ult. C. de aleator., jedoch ist diese Stelle nicht glossirt.

Nach einer irrigen, aber an vielen Orten geltenden Praxis, s. Koch succ. ab intest. §. 129, soll die hereditatis petitio der Kinder, wenn sie ab intestato zur Erbschaft berufen sind, 90, wenn sie aber durch Testament eingesetzt sind, 120 Jahre dauern; s. Thibaut Besitz und Verj. II. §. 47. S. 129.

Zu 12)

a) 20 Jahre lang dauert die Klage gegen einen nach dechargirter Rechnung auf das Neue angegriffenen öffentlichen Beamten, 10 Jahre aber nur gegen dessen Erben; l. 13. §. 1. D. 44. 3. — l. 2. §. 1. l. 3. l. 4. §. 1. D. 48. 17. — l. 1. §. 3. D. 49. 14.

b) Den Minderjährigen läuft für die Nichtigkeitsklage wegen verschenkter Immobilien bei Abwesenheit eine Zeit von 20, bei Anwesenheit von 10 Jahren zur Verjährung, bei verschenkten Mobilien aber kann die Klage schon nach 8 Jahren durch die exc. justi dominii zurückgewiesen werden.

c) Eben so lange dauert die persönliche Klage auf Einräumung des ususfructus, nämlich 10 Jahre inter praesentes, 20 Jahre im Fall der Abwesenheit, l. 16. §. 1. C. 3. 33; Puchta von den Klagen S. 99.*)

d) Die Revocation wegen der vom Curator, zwar mit Zuziehung des Curanden, jedoch ohne obrigkeitliches Decret, veräußerten Güter eines Minderjährigen dauert nur 5 Jahre, l. ult. C. 5. 74. — unbeschadet der außer diesem besondern Fall für die Restitution oder Nullität im Allgemeinen bestimmten Fristen; s. Thibaut über Besitz und Verjährung S. 148. §. 55. no. 3.

e) Die querela inoffic. testamenti dauert nur 5 Jahre, l. 8. §. ult. D. 5. 2. l. 16. l. 34. C. 3. 28. — eben so lange

f) das Absonderungsrecht des Gläubigers des Erblassers in Betreff dessen Vermögens von dem des Erben; l. 1. §. 13. D. 42. 6.

g) Die Klagen, welche die Untersuchung der Rechtsfähigkeit einer Person zum Zwecke haben, werden nur noch 5 Jahre lang nach dem Tod derselben zugelassen; l. 1—4. D. 40. 15. und Cod. 7. 21. ne de statu defunct. etc.

h) Das interdict. de glande legenda dauert nur 3 Tage.

i) Die Entschädigungsklage gegen den Fiscus oder den Regenten wgen Veräußerung fremden Eigenthums dauert 4 Jahre; §. ult. J. de usucap. — l. ult. D. 7. 37. — eben so die Klage wegen bona vacantia; l. 1. §. 2. D. 49. 14. — l. 1. D. de quadr. praescr. —

k) Die actio Pauliana desgleichen, wenn sie nicht blos auf Herausgabe einer Bereicherung geht; s. Puchta a. a. O. S. 101.

l) Die Klage auf Rückkaufs- oder Vorkaufsrecht dauert nach dem Gerichtsgebrauch nur ein Jahr für den Eigenthümer der Emphyteusis, für den emphyteuta ist dessen Berechtigung zum Verkauf seiner Meliorationen auf eine Frist von 2 Monaten beschränkt, binnen welchen der dominus sich erklären muß, ob er selbst den gleichen Preis dafür geben will; l. 3. C. 4. 66. —

---

*) Ueber Verjährung der Servituten überhaupt s. den II. Theil dieses Werks.

m) Die actio redhibitoria dauert 6 Monate, wenn sich der Verkäufer wegen der Mängel verantwortlich gemacht hat, außerdem, sowie auch, wenn nur wegen der Accessionen geklagt wird, nur 2 Monate. Die actio quanti minoris dauert im ersten Fall ein Jahr, im zweiten 6 Monate (an welche Zeit denn ausnahmsweise auch die actio emti gebunden ist, wenn sie statt jener gebraucht wird); Glück a. a. O. Thl. III. §. 268.

n) Von den Pönalklagen dauern diejenigen, welche auf eine poena publica gerichtet sind, 20 Jahre vom Augenblick des begangenen Verbrechens; l. 3. D. 48. 17. — l. 12. C. ad L. Cornel. 9. 22. — ausgenommen die Fleischesverbrechen, welche nur 5 Jahre lang angeklagt werden können; l. 29. §. 6. l. 34. §. 1. D. 48. 5. — sowie auch das crimen peculatus. An die 5jährige Frist sind ferner gebunden

o) die Confiscationsklagen des Fiscus wegen Zolldefraudation und

p) desselben Klagen gegen den das St. Silanianum verletzenden Erben.

q) Die Klagen auf prätorische Strafen und die meisten rescissorischen Interdicte (s. Puchta a. a. O. S. 102. in so weit sie nicht blos rei persecutionem enthalten, l. 35. pr. D. 44. 7. — l. ult. D. 47. 23.) dauern, einige Ausnahmen abgerechnet (z. B. bei der furti manifesti actio, pr. J. 4. 12. — bei der servi corrupti actio, l. 13. pr. D. 11. 3. — bei der actio ex delicto adversus nautas etc., l. ult. §. ult. D. 4. 9. — bei der act. de effusis et dejectis, soweit sie nicht eine Popularklage ist, l. 5. §. 5. D. 9. 3.), nur 1 Jahr, eben so die Injurienklagen, l. 5. C. 9. 35. — Unterholzner a. a. O. Bd. II. §. 282.

r) Die actio de peculio dauert nach aufgehobener väterlicher Gewalt nur 1 Jahr.

s) Die Klage aus dem pacto commissorio erlischt, wenn der Verkäufer sich nach Eintritt der Verwirkung nicht sofort (statim) dafür erklärt; l. 4. §. 2. D. 18. 3. — vgl. überhaupt Göschen Grundriß zu Pandecten-Vorlesungen §. 150. ꝛc.

Zu 13) Nach Justinianischem Recht ist dies unbezweifelt, §. 12. u. 13. J. 2. 6.

Zu 14) Dann erlischt die Klage früher durch die Usucapion des Gegners; s. Thibaut Besitz u. Verj. §. 45., doch kann gegen Unmündige während der Unmündigkeit auch nicht ersessen werden, und gegen Minderjährige nur durch einen 30jähr. Zeitablauf; s. Heimberger im Archiv f. civ. Prax. Bd. XXI. S. 229.

Zu 15) Ueber diese Streitfrage ist diejenige Ansicht überwiegend, welche zwar dem Richter ein eigentliches Suppliren der Einrede nicht gestattet, jedoch die Beachtuug der eingetretenen Verjährung alsdann zur Pflicht macht, wenn deren Momente actenmäßig und von der Partei, wenn gleich nicht unter förmlicher und namentlicher Berufung auf Verjährung, doch effectiv geltend gemacht worden sind; s. Krüll im Archiv. f. civil. Prax. Bd. I. S. 402, Lotz ebend. S. 412., Glück Thl. III. S. 515. Not. 86., Unterholzner Verjährungslehre I. §. 138, Puchta Grenzen des Richteramts §. 29, v. Gönner Handbuch d. Proc. Bd. I. no. X., Boehmer Ex. ad. Pand. II. no. 35., [Löhr Archiv f. civ. Pr. Bd. X. S. 79. u. Sintenis, pract. gem. Civilr. Bd. I. Anm. 61.] Nach Sächsischer Praxis soll zufolge Const. Elector. P. I. c. 25. der Richter sogar verpflichtet seyn, die aus den Acten sich liquid ergebende Einrede der Verjährung ex officio zu suppliren; s. Emminghaus Sächs. Pand. S. 782. no. 11, Schwarze u. Heyne Unters. S. 122., jedoch ist in einem daselbst angeführten Erkenntniß des O.=A.=G. angenommen worden, daß der Richter nach const. cit. nicht unbedingt verpflichtet sey, die exc. praescript. ex officio zu attendiren.

Zu 16) Die Wirkung der Klagenverjährung ist bei in rem und in personam actionibus verschieden. Bei den ersteren trifft, soweit sie die Herausgabe einer Sache bezwecken, wegen des Erfordernisses der bona fides für den verklagten Besitzer, die Verjährung der Klage regelmäßig mit der außerordentlichen Ersitzung zusammen. Durch diese wird aber die Klagverjährung vollkommen und unzweifelhaft absorbirt. Denn, war der Besitz redlich, so ist das Eigenthum von dem vorigen auf einen andern Eigenthümer übergegangen, das Recht des Erstern ist also in den Fällen der Ersitzung schon zerstört, und es kann nun von Klagverjährung gar nicht mehr die Rede seyn; war aber der Besitz unredlich, so konnte dem ursprünglichen Besitzer, weil der unredliche Besitzer das Eigenthum nicht erwirbt, das Recht unmöglich, sondern nur die Klage gegen denselben verloren gehen; l. 8. §. 1. C. 7. 39; Guyet im civil. Archiv Bd. XI. S. 89. Dasselbe gilt von der Verjährung der Negatorienklage, neben welcher nur ein Recht als erworben erscheinen wird und die Freiheit selbst also verloren ist, desgleichen vom Pfandrecht bei Verjährung der hypothekarischen Klage; s. Sintenis das prakt. gem. Civilr. Bd. I. S. 295. in §. 31. u. S. 605. §. 67. not. 2. Durch Verjährung der confessorischen Servitutenklage endlich geht ebenfalls das Recht selbst verloren, indem, soweit dabei bona fides erforderlich ist, die Freiheit

ersessen wird, übrigens aber der bloße Nichtgebrauch seine Wirkung äußert, so daß der Begriff eines Erwerbes auf der andern Seite nicht weiter hervortritt. Der Verlust des Rechtes selbst ist dem Erwerbe gegenüber ein absoluter, es kann also nicht nochmals etwa gegen andere Personen, die mit dem Erwerber in keinem Successionsverhältniß stehen, geltend gemacht werden, sondern nur in den äußerst seltenen Fällen, wo die Klagenverjährung nicht zugleich in außerordentliche Ersitzung übergeht, und mit ihr zusammentrifft, wenn darüber künftig einmal noch mit solchen Frage entstehen sollte. — Mit den persönlichen Klagen muß, da sie nur wider den bestimmten Schuldner möglich sind und ihnen das ganze Wesen der Forderung besteht, nothwendig das Recht selbst immer verloren seyn, s. Sintenis a. a. O.

In Ansehung der act. in personam übrigens dreht sich der Streit um die Frage: ob durch die Klagenverjährung auch die naturalis obligatio aufgehoben werde, oder ob diese fortbestehe? mit andern Worten: ob die Klagenverjährung die stärkere oder die schwächere Wirkung habe? Für die letztere hat sich neuerlich v. Savigny System Bd. V. S. 374. ꝛc. aus Gründen erklärt, welche jedoch Sintenis a. a. O. S. 294. not. 57. nicht für ausreichend erkennt. Thibaut hat seine früher für die schwächere Wirkung ausgesprochene Meinung (s. dessen Abh. über Besitz und Verjährung §. 39.) widerrufen im System d. Pand.=R. §. 1019 der 8ten und §. 205. der 9ten Ausgabe. Damit stimmt überein: v. Vangerow in s. Pandecten I. S. 261. ff. der VI. Aufl. Dagegen wird die schwächere Wirkung wieder vertheidigt von Puchta in seinen Pand. Bd. I. §. 92. u. Vorles. I. S. 192. ff. und von Erxleben in der schätzbaren Monographie: die condictiones sine causa I. S. 28., welcher vorzüglich darauf verweist, daß die praescr. temp. ihrem ganzen Wesen nach blos gegen die Klage gerichtet sey, nicht gegen das Recht selbst, also blos die Klagbarkeit zerstöre, vielmehr eine weitere Ausdehnung ganz willkürlich wäre und über die Natur des Instituts hinausginge. Da die Streitfrage nur wenig praktische Bedeutung hat, so begnügen wir uns, in Ansehung der reichen Literatur auf Sintenis a. a. O. zu verweisen. [Diese Streitfrage ist in neuerer Zeit wieder besonders lebhaft geführt worden. Demelius Untersuchungen I. S. 65. Böcking Pand. Grundr. I. §. 160. Brinz Pand. §. 164. haben sich für die schwächere Wirkung, Dahn Ueb. d. Wirkung der Klagenverjährung bei Obligationen 1855. — vergl. dazu Kuntze in Schletter's Jahrbüchern, Bd. II. S. 312. — Wächter Würtemb. Privatr. Bd. II. §. 68. u. 119. für die stärkere Wirkung der Klagenverjährung ausgesprochen. Das

Hauptargument v. Savigny's und seiner Nachfolger zu Gunsten der ersteren Meinung ist die l. 59. pr. D. 36. 1. („remanet propter pignus naturalis obligatio"); mit Rücksicht auf sie sagt der neueste Bekämpfer der Savigny'schen Meinung, Bekker in seinem Jahrbuch Bd. IV. S. 436: „Die alten Temporalobligationen des Röm. Rechts hinterlassen keine Naturalobligation, abgesehen von dem etwaigen Fortleben des verjährten Anspruchs in den der Verjährung entzogenen Accessionen. Nach Einführung der Theodosianischen Klagenverjährung, und im Justinianischen Recht noch ebenso, gilt für die Klagenverjährung, insbesondere was ihre Wirkungen anlangt, nur Eine Theorie. Die Wirkungen des Zeitablaufs auf die alten Temporalklagen sind durch nichts geändert. Daraus folgt, daß im Just. Recht die Klagenverjährung überall eine Naturalobligation nicht bestehen läßt, ausgenommen so weit eine solche auch die Temporalklagen zu überdauern pflegt. Sind nämlich Pfandrechte oder Bürgschaften vor Ablauf der Verjährung begründet, so gehen diese nicht allemal mit der Verjährung der principalen Schuld unter. In diesem Falle besteht die verjährte Schuld allerdings als naturalis obligatio fort, aber mit beschränkter Wirksamkeit, nur innerhalb der sie überdauernden Accessionen, durch deren Vermittelung allein sie noch geltend gemacht werden kann. Die Möglichkeit solcher Ueberdauer der Bürgschaft für das heutige Recht ist durch l. 18. §. 1. D. 13. 5. bewiesen, nachdem jeder Unterschied zwischen Fidejussion und Constitutum geschwunden ist." Dazu Seuffert's Archiv XIII. Nr. 8. u. XIV. Nr. 19.]

In den neuen Gesetzgebungen findet man ohnedies den Unterschied zwischen obl. naturalis und civilis gewöhnlich aufgegeben, und daher der Verjährung die Wirkung beigelegt, daß durch sie das Recht durchaus erloschen sey. Z. B. Oesterreichisches Gesetzb. §. 1479, Preußisches Landr. Bd. I. tit. IX. §. 501. tit. XVI. §. 7. Code civil Art. 1234. Damit stimmt auch in Sachsen der Gerichtsgebrauch überein; s. Haubold Sächs. Privatr. §. 276, Emminghaus Sächs. Pandecten S. 783. no. 14., v. Hartitzsch Entscheidungen no. 429. [Die Fortdauer einer naturalis obligatio ist von keinem neueren deutschen Verjährungsgesetze anerkannt, doch von einigen eine schon im Preuß. Landrecht I. 16. §. 377. aufgestellte Ausnahme (rücksichtlich der Compensabilität in gewissem Falle) adoptirt; s. Bekker a. a. O. S. 438. ff.]

Zu 17) Sie begründet nur eine Exception; s. Glück Thl. III. S. 515.

Zu 18) Der 4jährige Zeitraum ist den meisten prätorischen Restitutionen vorgezeichnet, dagegen die auf dem Civilrecht beruhenden

Restitutionen in der Regel 30 Jahre dauern, z. B. wegen Verletzung über die Hälfte, — gegen ein judicatum ex falsa causa — (aus falschen Documenten oder aus einem urkundlich erwiesenen falschen Eid), aus dem Sct. Vellejan. — für den großjährigen suus heres wegen Ausschlagung der väterlichen Erbschaft; s. Thibaut System d. P. R. §. 1003.

Zu 19) Siehe das Kapitel von Restitutionen.

Zu 20) Ist nach l. 8. §. 1. C. 7. 39. zu bejahen.

Zu 21) Daß ein Verzicht auf die Einrede der Verjährung nach bereits abgelaufener Zeit gelte, ist nicht zu bezweifeln; fragt man aber, ob einem Rechtsgeschäft im Voraus diese Stipulation beigefügt werden könne, so kann man, obgleich Manche auch in diesem Falle bejahen, s. Unterholzner a. a. O. I. §. 28., doch nicht wohl beipflichten, wenn man die Institution der Klagenverjährung als dem juri publico angehörend erkennen muß; s. v. Savigny System Bd. V. S. 411.

Zu 22) Ist zu verneinen. Vergl. übrigens, was von der exc. non num. pecuniae im Kap. von den Einreden gesagt ist.

Zu 23) Unterholzner a. a. O. II. §. 159. verneint diese durch mehrere Beispiele von ihm illustrirte Streitfrage, eben so Kori a. a. O. Thl. II. §. 111. no. 3., welcher sie nur ganz flüchtig berührt, desgl. Rave princ. doctr. de praescript. §. 165, Pfeiffer praktische Ausführungen Bd. III. S. 73. ꝛc., Sintenis pr. gem. Civilr. Bd. I. §. 32. Anm. 39., v. Savigny System Bd. V. §. 253—255. Er führt die vorliegende Frage auf die Entscheidung der obigen Frage 16. zurück, „ob nämlich der Zeitablauf der Klagenverjährung eine naturalis obligatio übrig lasse, oder nicht.“ Bejaht man diese Frage, so kann kein Zweifel mehr darüber seyn, daß diese naturalis obligatio immer noch exceptionsweise geltend gemacht werden könne. Verneint man sie, und hält man die Verbindlichkeit durch die Verjährung gänzlich vernichtet, dann scheint freilich auch für die Exception kein positives Fundament mehr übrig zu seyn. — Gleichwohl — lehrt unser Autor — folgt daraus noch nicht die Unrichtigkeit der Behauptung, daß ein Recht, welches nicht mehr klagbar ist, doch noch exceptionsweise geltend gemacht werden könne. Man kann nämlich die bisher vorhandene Exception auch als ein selbständiges Recht, unabhängig von dem daneben stehenden Klagrecht, betrachten, und dann haben die verschiedenen Meinungen über die Wirkungen der Klagenverjährung darauf gar keinen Einfluß, es kommt vielmehr nur auf die Untersuchung an, ob das Institut der Klagenverjährung (denn nur dieses kennt das R. R., keineswegs Verjährung aller Rechte

durch Nichtgebrauch) nach seinem Geist und Zweck zu einer analogen Anwendung auf die Exceptionen geeignet ist, und dies muß ohne Zweifel verneint werden. Wenn nämlich die Verjährung der Klagen aus der Nachlässigkeit entspringt,*) so hat dies bei dem säumigen Kläger seinen guten Grund, weil ihm daran gelegen seyn mußte, den ihm entzogenen Genuß eines Rechts durch Klage wieder zu gewinnen. Anders ist es aber bei dem, der sich durch eine Exception schützen kann; er befindet sich im Wesentlichen im Genuß seines Rechts, und die Klage, die er verjähren ließ, hätte ihm für diesen Genuß eigentlich nur eine andere und vollständigere Rechtsform verschaffen können. Andererseits geht der allgemeinste Zweck der Klagverjährung dahin, daß der factische Zustand, sowie er viele Jahre hindurch ohne Anfechtung bestanden hat, vollkommene Rechtssicherheit erlange. Wer aber die Verjährbarkeit der Exceptionen behaupten wollte, würde gerade die entgegengesetzte Wirkung erzeugen; denn derjenige, welcher nun die Verjährung der Exception in Anspruch nehmen wollte, hätte ja den ruhigen Genuß eines solchen factischen Zustandes noch gar nicht gehabt. Insofern man Verminderung der Processe auch als Zweck der Klagenverjährung betrachten kann, muß man auch wieder gestehen, daß derjenige, welcher, ohne eben eines Schutzes durchaus bedürftig zu seyn, sich aus Liebe zum Frieden mit dem ihn befriedigenden materiellen Zustand begnügt, geradezu im Sinne der Verjährungsgesetze handelt. — Auf ihn ist auch ein besonderer Grund der Verjährungsgesetze nicht anwendbar, welcher darin liegt, daß durch lange Zögerung für den Beklagten oft die Vertheidigung sehr erschwert wird, worauf sogar der Kläger aus unredlicher Absicht hinwirken kann. Im untergestellten Fall träfe aber umgekehrt dieser Nachtheil nur den Zögernden selbst, und da sein Gegner nicht darunter leidet, so ist auch der Grund nicht vorhanden, diesem durch das Institut der Verjährung zu Hülfe zu kommen.

Durch Beispiele, welche man bei Unterholzner und v. Savigny angeführt findet, wird es noch anschaulicher, zu welchen paradoxen Folgen es führen würde, wenn man die Exception deswegen ausschließen wollte, weil das ihr zu Grunde liegende Recht, welches man auch klagend verfolgen konnte, während der Verjährungszeit nicht eingeklagt worden ist. Die Fälle, in welchen die aufgeworfene Frage

*) Obwohl nicht, wie Mehrere dafür halten, als *poena* negligentiae statuirt ist; denn Grund und Zweck des Gesetzes geht blos dahin: daß nicht jeder Rechtszustand angefochten werden könne. Ein Gesetz wird nicht schon dadurch ein Strafgesetz, daß der Entgegenhandelnde nachtheilige Folgen hat.

praktisches Interesse hat, können übrigens wesentlich verschieden seyn, nämlich entweder so, daß demjenigen, welcher sich durch eine Exception schützen kann, auch eine Klage in den Gesetzen gegeben war, oder so, daß er wohl ein Klagrecht hatte, aber sich in einer solchen Lage befand, daß er gegen den Andern, welcher in dieser Lage gegen ihn keine Klage hatte, auch unmöglich eine Exception gebrauchen konnte, erst nach vollendeter Klagenverjährung aber die Sachverhältnisse sich so veränderten, daß der Kläger eine Klage gegen ihn erwirbt, und nun von seiner Seite eine Exception gedacht werden könnte, deren Verjährung nun in Frage kommt. Z. B. der Eigenthümer eines Grundstücks wird durch Drohungen zum Verkauf desselben bestimmt, der Gegner erlangt den Besitz und behält denselben fortwährend. Hier hat der Verkäufer die act. quod metus causa; aber zu einer Exception fehlt es an allen factischen Bedingungen, da der Andere weder das Bedürfniß noch die Möglichkeit hat zu klagen. Nachdem die Klage verjährt ist, erhält aber der Gezwungene zufällig wieder den Besitz, der Andere stellt die Eigenthumsklage wider ihn an, und nun fragt es sich, ob er die exc. metus noch vorschützen kann, oder ob diese zugleich mit der actio metus verjährt ist. In diesem Fall wird sich die Entscheidung nur darnach richten, ob man durch die Verjährung auch die naturalis obligatio für aufgehoben erklärt, oder diese als noch fortdauernd betrachtet. Im ersten Fall muß man gegen, im andern für die Zulässigkeit der Exception entscheiden.

Sowie v. Savigny a. a. O. für die fortdauernde naturalis obligatio entscheidet, sprechen auch die meisten Autoritäten, auch die Mehrzahl neuerer Schriftsteller dafür, insbesondere Glück Thl. XIII. S. 100. und 380. XX. S. 161, Mühlenbruch Doctr. Pand. II. §. 481, Göschen Vorlesungen Bd. I. S. 471, Büchel Erörterungen H. I. S. 8—21, Claproth Diss. de rebus merae facultatis §. 2—7. Goettingae 1752, Höpfner Instit. Comm. §. 1199. und not. 2, Koch Diss. de praescr. restitut. in integrum. §. 6. Giesae 1780, Weber Beitr. zur Lehre v. Klagen I. S. 6, Hommel Rhaps. Obs. 481. Vol. III., Mackeldey Lehrb. Thl. I. §. 199, Dabelow Verjährung II. S. 203, Kori Verjähr. II. S. 203, Guyet im civil. Archiv Bd. XI. S. 62, Francke civilist. Abhandl. S. 73, Unterholzner Verjährungsl. II. §. 258. Bald diesen bald jenen Satz behauptet Thibaut über Besitz u. Verjähr. §. 56. und System d. P. R. §. 1025. Ed. VIII.

Bemerkenswerth ist folgende Entscheidung des O.=A.=G. zu Celle, in der jurist. Zeitung für Hannover J. XXIII. H. 3. S. 93. „Durch

die Verjährung der Klage auf Preisverminderung kann noch nicht die Geltendmachung einer Einrede aus dem ädilitischen Edicte als ausgeschlossen erscheinen, indem die Extinctivverjährung ihrer rechtlichen Natur nach nur das Klagrecht, nicht aber jede andere Wirkung einer Obligation hinweghebt, und eine analogische Anwendung des singulären Rechtsinstituts der Klagenverjährung auf Einreden, wegen ermangelnder Gleichheit des Grundes nicht zulässig ist." — Uebereinstimmend hiermit sind die in Seuffert's Archiv Bd. I. Nr. 159. angeführten Erkenntnisse der Obertribunale zu Berlin und Stuttgart.

---

§. 20.

II. Litiscontestation und Einreden.*)

Schlußsätze.

1) Was versteht man im Sinn des heutigen Proceßrechts unter Litiscontestation und Einreden?
2) Worin bestehen die allgemeinen Wirkungen der Litiscontestation?
3) Welchen besondern Einfluß äußert sie bei Noxalklagen?
4) Welche Folge entsteht aus der Litiscontestation zu Gunsten eines pro rata Verklagten, welcher solidarisch verpflichtet war?
5) Wie werden die Einreden in Beziehung auf ihren nächsten Zweck und ihre Wirkung eingetheilt?
6) In wie vielerlei Beziehungen können dilatorische Einreden formirt werden?
7) Gehen die Einreden activ immer auf Successoren über?
8) Inwiefern unterscheidet man zwischen exceptionis rei oder personae cohaerentes, desgleichen exceptiones in rem oder in personam?
9) Was für eine Bewandtniß hat es mit der exceptio doli?
10) Bekanntlich wird zum Behuf einer Einrede nicht nothwendig ein klagbares Recht erfordert; s. l. 51. D. 12. 6. — l. 9. pr. D. 16. 7. — l. 156. §. 1. D. 17. — Hiernach fragt sich aber weiter, ob eine Einrede, durch welche man ein klagbares Recht dann noch geltend machen will, wenn die Klage schon verjährt ist, rechtliche Wirksamkeit haben könne?

---

*) Die vollständige Literatur darüber s. Weiske's Rechtslex. Bd. VI. S. 686.

11) Kann man durch Einreden, die sich widersprechen, dieselben verlieren?
12) Worin bestehen die rechtlichen Folgen des Grundsatzes: „excipiendo reus fit actor?“
13) Ist der Satz: „qui excipit non fatetur“ allgemein anwendbar?
14) Was ist Replik im eigentlichen Sinne? Kann durch sie auch ein verjährtes Klagrecht geltend gemacht werden?
15) Was bezweckt die Duplik?
16) Ist auch Triplik und Quadruplik noch zulässig?

Zu 1) Im Einklang mit der Beweistheorie finden diese Begriffe*) ihre genaue Bezeichnung in Folgendem. Während die Aufgabe der Klage in der Darlegung des Entstandenseyns eines thatsächlichen Verhältnisses besteht, aus welchem gewisse rechtliche Folgen zu Gunsten des Klägers hervorgehen (Rechtsverhältniß), wird der Beklagte in die Nothwendigkeit versetzt, entweder die Wahrheit oder die gesetzmäßige Qualification und Vollständigkeit der vom Kläger zur Begründung

*) Vorzüglich beachtenswerth ist deren quellenmäßige Entwickelung in v. Savigny's System Bd. V. S. 255. Hiernach erscheint die mögliche Art der Vertheidigung von Seite des Beklagten als eine dreifache. Der Beklagte kann nämlich 1) das in der Klage behauptete Recht absolut verneinen; z. B. wenn er bei einer Vindication die behauptete Tradition, bei einer Schuldklage den Contract selbst leugnet; diesfalls trifft in der Regel die Beweislast den Kläger; 2) oder relativ verneinen, wenn er z. B. das in Klage genommene Recht als in der Folge vernichtet erklärt; z. B. Kläger habe das Eigenthum, die Schuldforderung gehabt, aber jenes veräußert, diese heimgezahlt erhalten; — hier trifft die Beweislast den Beklagten. Oder 3) er kann die Klage durch ein entgegenstehendes selbständiges Recht (Einrede) entkräften. Z. B. durch exc. rei judicatae, oder die Vindication durch die exc. aus einem jus in re' oder einem Contract. Auch hier trifft die Beweislast den Beklagten. Weitere Erörterungen dieser Materie s. Sintenis in Zu-Rhein's Jahrbüchern des Processes Bd. I. Nr. 6. u. 11. — und in v. Linde's Zeitschr. für Civilr. und Proceß Bd. VI. Nr. 13. Albrecht die Exceptionen des gemeinen deutsch. Civilpr. München bei Weber 1835. — Knappe Versuch einer Entwickelung des Begriffs der Exceptionen mit Rücksicht auf die Beweislast. München bei Jacquet 1835. — Roßhirt Zeitschrift Bd. II. H. 3. S. 336., v. d. Pfordten insonderheit auch mit Rücksicht auf die exc. legis Anastasianae, non aut non rite adimpleti contr. in den Blättern f. Rechtsanw. von Seuffert u. Glück Bd. III. S. 17. 33. 65. 85. 214. u. 353. rc.; Schmidt die gemischten Einreden §. 3., v. Helmolt Verhältniß der Exceptionen zur Beweislast; 1853. Mayen, Ueber Beweislast, Einreden und Exceptionen; 1861.

gewisser rechtlicher Folgen aufgestellten Thatsachen in Contestation zu ziehen, was man Litiscontestation nennt, oder anderweite Thatsachen entgegen zu stellen, welche entweder die rechtliche Qualification jener (welche übrigens, ohne daß der Kläger auch diese zu beweisen nöthig hat, vermuthet wird), somit das rechtsgemäße Entstehen des Klaganspruchs zu verhindern, oder die Wiederaufhebung des gehörig entstandenen Rechtsverhältnisses zu bewirken, oder ein entgegenstehendes selbständiges Recht zu begründen vermögen, und dies geschieht durch Einreden. Eine unvollständige, unklare, zweideutige Litiscontestation kann durch das richterliche Fragerecht verbessert werden.

Zu 2) Sie begründet:

a) eine Verbindlichkeit der Parteien auf beiden Seiten dahin, daß sie sich diesem Proceß für seine Dauer und seinen Ausgang unterwerfen, l. 3. §. 11. D. 15. 1. — l. 20. D. 5. 1. — sich jeder Neuerung enthalten, Clem. 2. ut lite pendente (2. 5.) l. 7. C. 8. 56. und daß der Kläger, wenn er Sieger wird, Alles erhalten müsse, was er gehabt haben würde, wenn zur Zeit der Litiscontestation prästirt worden wäre; l. 31. pr. D. 12. 1. — l. 20. l. 35. §. 1. D. 6. 1. — l. 2. D. 22. 1. — daher auch öfters der Schätzung des Streitobjects die Zeit der Litiscontestation zum Grund gelegt wird; l. 4. D. 13. 3. — l. 31. pr. D. 12. 1. — l. 2. l. 3. §. 1. l. 10. D. 22. 1. — l. 91. §. 7. D. de leg. 1. 30.

b) Daß die Klagen litigios und deshalb nicht mehr cessibel werden; l. 1. §. 1. l. 2. l. 4. C. 8. 37. was indessen bezüglich der Nov. 112. c. 1. wenigstens bei Realklagen schon als Folge der Klagsmittheilung anzusehen ist. Vergl. d. Capitel von der Cession.

c) Durch die Litiscontestation wird eine Novation*) bewirkt, l. 11. §. 1. l. 29. D. 46. 2. — l. 23. D. 46. 3. — l. 3. pr. C. 7. 54.

d) Die Klage wird, — wenn sie diese Eigenschaft auch nicht schon an sich hatte, — auf und gegen die Erben transmittirt, l. 58. D. 44. 7. — l. un. C. 4. 17. Sie wird ferner

*) Dies scheint jedoch nur auf persönliche Klagen bezogen und wohl auch nur annäherungs- oder vergleichungsweise verstanden werden zu können; s. Schilling Lehrb. f. Instit. 2c. §. 121. Weniger zweifelhaft scheint die aus der Litiscontestation entspringende obligatio quasi ex contractu, l. 3. §. 11. D. 15. 1. — l. 20. D. 5. 1. — deren Folgen sich besonders bei demjenigen, qui liti se obtulit, zeigen, Glück Thl. VI. §. 503.

e) perpetuirt, d. i. es wird nächst der schon bemerkten Unterbrechung des Laufs der Verjährung eine neue Verjährungszeit der Klagen auf 40 Jahre dadurch begründet, l. 9. C. 7. 39. — l. ult. D. 27. 7. — Diese Wirkung wollen zwar Andere auch schon der richterlichen Klagmittheilung beilegen, s. Mühlenbruch Doctr. Pand. §. 144. not. 23. bezüglich l. 3. C. 7. 39. l. 2. l. 3. C. 7. 40. — s. aber dagegen Puchta Pand. §. 96. g.

f) Der Beklagte, welcher es früher wegen eines möglicher Weise vorübergehenden Zustandes, z. B. als Besitzer einer Sache war, ist es nun, weil er litem contestirt hat, unveränderlich; l. 1. §. 15. u. 16. D. 9. 1. gleichwie

g) auch der, welcher, ohne zu besitzen, sich auf eine gegen den Besitzer gehende Klage wissentlich eingelassen hat, als Besitzer fingirt wird, und so als fictus possessor eben so haften muß, als wenn er wirklicher Besitzer wäre, l. 45. D. 5. 3. — l. 25. D. 6. 1.

h) Der bonae fidei possessor kommt dadurch in manchen Stücken in die Lage eines malae fidei Besitzers, l. 45. D. 6. 1. — l. 22. C. 3. 32. — l. 2. C. 7. 51. — doch ohne für Zufall zu haften, §. 2. J. 4. 13. — l. 25. §. 7. l. 40. D. 5. 3. — l. 1. §. 1. C. 3. 31. — l. 21. l. 36. D. 6. 1.

Diese Wirkung wird jedoch nach heutigem Recht schon der Klagmittheilung beigelegt, s. Mühlenbruch Doct. Pand. Vol. I. §. 144, Martin Lehrb. des gem. Processes §. 152. Ed. X. arg. l. 20. §. 11. l. 25. §. 7. D. de H. P. 5. 3. — Endlich bewirkt die Litiscontestation

i) Prävention oder Ausschließung eines sonst auch zulässigen Richters, l. 7. l. 80. l. 84. D. 5. 1. — was aber heut zu Tage auch schon der richterlichen Ladung als Wirkung beigelegt wird, l. 7. l. 80. l. 84. D. 5. 1. — Mühlenbruch a. a. O. §. 144.

Auch ist zu bemerken, daß die Nov. 53. C. 3. §. 2. die Recusation des Richters nur bis zur Litiscontestation zuläßt.

k) Bei alternativen Obligationen entscheidet für das Wahlrecht des Gläubigers der Zeitpunkt der Litiscontestation, indem er die einmal getroffene Wahl unwiderruflich macht; l. 33. in f. D. de leg. 1. 30. — l. 1. D. 33. 9. — l. 57. §. 1. D. 46. 3. — l. 9. D. 45. 1.

l) In den Fällen, wo ausnahmsweise eine Haftung nur bis zum Betrag der Bereicherung stattfindet, wird diese nach dem Zeitpunkt der Litiscontestation beurtheilt, s. Keller über Litiscontestation rc. S. 195., Heimbach in Weiske's Rechtslexikon Bd. VI. S. 720.

m) Die negative Litiscontestation hat außer den Strafen muthwilligen Ableugnens in Einem Fall den Verlust der Einrede zur Folge; wenn nämlich Jemand aus dem Empfang einer Zahlung verklagt wird, und diese ableugnet, soll er, wenn der Kläger den Beweis des Gegentheils liefert, nicht mehr mit der Einrede der Zahlung, oder was ihr gleich steht, gehört werden. Nov. 18. c. 8.

Zu 3) Der vor der Einlassung erfolgte Tod des Thiers, welches geschadet hatte, hebt die Klage ganz auf, l. 1. §. 13. u. 16. D. 9. 1. — dagegen, wenn es nachher gestorben ist, die Verbindlichkeit zur Entschädigung begründet bleibt.

Zu 4) Der Kläger muß dann bei der Theilung verbleiben, und kann den Beklagten nicht mehr auf das Ganze belangen; l. 51. §. 4. D. 46. 1. — l. 16. C. 8. 41 —

Zu 5) Die Einreden können dahin zielen, entweder den Anspruch nur zur Zeit (dilatorisch) oder für immer (peremtorisch) aufzuheben; — l. 2. pr. D. 44. 1. — Gemischte Einreden, wie sonst Manche statuirten, s. Danz Grunds. d. ordentl. gem. Proc. §. 181. gibt es eigentlich nicht. Was man so nannte, läßt sich entweder unter die dilatorischen oder peremtorischen Einreden subsumiren, s. Thibaut System des P.-R. §. 71., Schmidt die gemischten Einreden S. 88. — Welche der verzögerlichen oder zerstörlichen Einreden als Proceß hindernd (litis ingressum impedientes) geltend gemacht werden können, hängt von den besonderen Proceßordnungen ab, und ist dabei große Vorsicht nöthig; s. Martin Lehrb. d. gem. bürgerlichen Processes §. 154. (144.) Ed. X.

Zu 6) Entweder a) in Rücksicht auf die Zeit, wenn nämlich der Klage ein zeitliches Hinderniß entgegensteht; z. B. exc. spolii, plus petitionis temporis, Moratorii, praejudicii, pacti conventi temporalis, oder b) in Ansehung der Art der Klagstellung, z. B. exc. non rite formati processus, oder der unrecht gewählten Proceßart, exc. termini nimis angusti, ineptae cumulationis actionum, oder c) wegen Mängel in der Person des Klägers, z. B. exc. deficientis legitimationis, exc. plurium litis consortium etc., oder d) in Ansehung der Unzulässigkeit oder Incompetenz des gewählten Richters, z. B. exc. judicis inhabilis vel

suspecti, fori incompetentis, praeventionis fori, litis jam alibi pendentis, praeteritionis primae instantiae.

Zu 7) Indem wir unter dem activen Uebergang der Einreden auf einen Nachfolger dieses verstehen, daß die Einrede von ihm, ohne Unterschied, ob die libellirte Verbindlichkeit in seiner Person entstanden, oder ob er als successor in dieselbe eingetreten ist, erhoben werden kann, — müssen wir dem Erben schlechthin die Einreden, welche seinem Vorgänger zustanden, gleichfalls zugestehen, wenn sie nicht höchst persönlich sind, wie z. B. die dem Ehegatten, dem socius u. A. zustehende Competenzeinrede, oder eine solche Einrede, welche nur in einem bestimmten Individuum, als solchen, wie z. B. parens, patronus begründet, l. 7. D. 44. 1. oder durch Vertrag auf diese Person eingeschränkt ist, denn so kann z. B. das pactum de non petendo, wenn es auf die Lebenszeit des Schuldners eingeschränkt war, nicht von des Schuldners Erben erhoben werden.

Zu 8) Man versteht unter exc. rei cohaerentes diejenigen, welche mit dem Rechtsverhältniß selbst dergestalt verbunden sind, daß sie mit diesem von selbst jedem daran Betheiligten zukommen, mithin jeder daraus Verklagte sie entgegensetzen kann, z. B. exc. doli, jurisjurandi, quod metus causa etc. Diese bilden die Regel. Vergl. Sintenis pr. gem. Civilr. Bd. I. §. 32. S. 314.

Exceptio in rem ist diejenige, welche von Jedem, der aus einem Verhältniß in Anspruch genommen wird, ohne Unterschied, ob die Verbindlichkeit in seiner Person entstanden, oder ob er als successor oder als Bürge in dieselbe eingetreten ist, und gegen Jeden, der aus dem gedachten Rechtsverhältniß klagt, entgegengesetzt werden kann. Exc. in personam ist diejenige, welche nur in einer bestimmten Person begründet erscheint, oder auch nur gegen einen bestimmten Kläger gebraucht werden kann; s. Mühlenbruch Lehre von der Cession §. 59.

Gegen Vindicationen müssen die dem autor erworbenen Einreden allemal auch dem Successor zustehen. Bei Forderungsrechten läßt sich wohl eine durchgreifende Regel darüber, ob eine Einrede demjenigen allein zustehe, auf welchen sie sich ursprünglich bezog, oder auch Andern, die an seiner Stelle verklagt werden, wie Erben, Käufer, Bürgen 2c. nicht wohl aufstellen, sondern die Natur der einzelnen Rechtsverhältnisse erfordert hierüber eine besondere Beurtheilung. Z. B. die exc. Scti Macedoniani und minoris aetatis wird dem mandator beim mandato qualificato abgesprochen; l. 13. pr. D. 4. 4. — dem Bürgen aber nach Umständen bald zu- bald aberkannt; s. Francke im Archiv f. civilist. Praxis Bd. XVI. S. 426. Die Natur der unbeschränkten

exceptiones rei cohaerentes bildet indessen bei weitem die vorherrschende Regel.

Zu 9) Die exc. doli im weitern Sinn, l. 2. §. 5. D. 44. 4 ruht auf der Voraussetzung, daß der Kläger eine Vermögensmehrung intendirt, zu welcher er zwar ursprünglich durch das strenge Recht (jus civile) berechtigt ist, durch welche er aber, wie er wohl weiß, im concreten Fall der bona fides widerstreitend, den Beklagten in unbilligen Schaden bringen würde. Beispiele hiervon s. Heimbach in Weiske's Rechtslexikon Bd. III. S. 717. Sie ist rei cohaerens und kommt demnach regelmäßig den Universalsuccessoren desjenigen, welcher durch den dolus des Klägers in Schaden kommt, zu statten, ingleichen den Bürgen und Mandatoren, und allen, welche ein Interesse daran haben, daß der Hauptschuldner durch den Gebrauch derselben liberirt werde. Ein Singularsuccessor ist der exc. doli nur dann ausgesetzt, wenn er es ex causa lucrativa geworden ist, l. 4. §. 31. D. 44. 4. außerdem nicht; insbesondere kann dem Käufer nicht der von dem Verkäufer begangene dolus schaden, es wäre denn, daß der gegenwärtige Kläger sein Eigenthum auf die accessio possessionis stützte; denn wenn er zugleich auf den Besitz seines Autors sich stützt, so steht ihm auch eine Einrede aus dem Betrug dieses seines Autors entgegen, l. 4. §. 27. D. 44. 4.

Wegen eines besondern Verhältnisses zu dem, der den dolus beging, schadet mir die von einer meinem Recht unterworfenen Person in dem concreten Rechtsgeschäft begangene Arglist, und die vom Vormund begangene Arglist kann auch dem Minderjährigen selbst zur Einrede entgegengesetzt werden, l. 4. §. 17. u. 23. D. 44. 4.

Wenn ein Pfandgläubiger vindicirt, so steht ihm die Einrede des vom verpfändenden Käufer begangenen Betrugs entgegen, weil sonst die Sache zu dem, welcher arglistig verfuhr, zurückkehren würde, l. 4. §. 30. D. 44. 4.

Bei der Cession ist es zweifelhaft, ob die vorhin angegebene Regel dem Cessionar eben so wie dem Käufer zu statten komme. Die wahrscheinlichere Meinung, welche, gegen die analoge Befreiung des Cessionars von der Einrede aus dem Betrug des Cedenten, entscheidet, vertheidigt vorzüglich Francke im Archiv f. d. civil. Praxis Bd. XVI. S. 430., indem das Verhältniß hier anders sey; der Cessionar könne nämlich nicht, wie der Käufer, aus eigenem Recht als Eigenthümer, sondern nur aus dem Recht des Cedenten klagen, folglich auch den gegen diesen begründeten Einreden nicht ausweichen; Mühlenbruch Lehre von der Cession a. a. O. fügt nur die Beschränkung

bei, welche sich wohl von selbst versteht: de eo duntaxat excipi oportet dolo, qui admissus sit in ipso negotio. cf. l. 4. §. 17. D. 44. 4.

Zu 10) Heimbach a. a. O. S. 700. macht zwar von der Regel: quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua eine Ausnahme in Ansehung solcher Einreden, welche sonst auch durch eine Klage geltend gemacht werden können und nur zufällig als Einreden gebraucht werden; dies ließe sich aber wohl nur dann annehmen, wenn man den sehr gründlich bestrittenen Satz (s. das Kap. von der Klagenverjährung) gelten lassen wollte, daß durch die Verjährung nicht blos die Klage, sondern auch das Recht selbst verloren gehe. Ueber die uneigentlich hieher gezogene exc. n. num. pec. ist bereits in der Verjährungslehre das Nöthige gesagt worden.

Zu 11) Die Gesetze sagen zwar: nemo prohibetur pluribus exceptionibus uti, quamvis diversae sint. l. 5. l. 8. D. 44. 1. — l. 43. pr. D. 50. 17. Der Grund ist aber wohl darin zu suchen, daß wahre Exceptionen einander nicht ausschließen, indem ein wahrer Widerspruch zwischen denselben sich nicht ergeben kann. Auf civilrechtliche Einreden, die sich auf Thatsachen stützen, welche das Klagrecht ipso jure aufheben, ist diese Regel deswegen nicht anwendbar, weil hier leicht ein Widerspruch zwischen den einzelnen Vertheidigungsgründen eintreten und insofern von einer Cumulation dieser Rechtsmittel nicht weiter die Rede sein kann; s. Heimbach in Weiske's Rechtslexikon Bd. III. S. 698.

Zu 12) Darin, daß der Excipient in Rücksicht der Einreden allen rechtlichen Nachtheilen unterliegt, welche in Rücksicht der Klage den Kläger treffen; l. 19. pr. D. 22. 3. — l. 1. D. 44. 1.

Zu 13) Die Stelle des c. 63. in VIto de R. J., welche diesen Satz ausspricht, muß mit derselben Einschränkung, wie in l. 9. D. 44. 1., verb. non utique dahin erklärt werden, daß im Vorschützen einer Einrede nicht immer ein Zugeständniß der Klage liege. Einreden, wie die der Novation, Zahlung und Usucapion heben das debere auf, und enthalten insofern, als sie vorgeschützt werden, ein Zugeständniß des Klaggrunds, s. Heimbach a. a. O. Bd. III. S. 698.

Zu 14) Entgegensetzung von Thatsachen, welche die Wirkung der die Exception begründenden Thatsachen aufheben. Replicatio est contraria exceptio etc. §. 3. J. 4. 14. — l. 2. §. 1. D. 44. 1. — Sie ist aber bestimmt beschränkt in der Beziehung, daß durch sie kein verjährtes Klagrecht mehr benutzt werden kann; l. 9. §. 4. D. 12. 2. —

Zu 15) Da gegen die Replik nicht nur Antwort zur Gleichstellung der Parteien erfordert wird, sondern auch sich gegen dieselbe vielleicht noch Einreden denken lassen, so ist für beides die Duplik gegeben.

Zu 16) Diese können nur ausnahmsweise vorkommen, §. 2. J. 4. 14. — l. 2. §. 3. D. 44. 1. — und hängt darüber Alles von den besonderen Proceßordnungen ab. —

[Anhang.]

[Der Verf. hat keine Erörterungen über das Urtheil und die Rechtskraft der Entscheidung (s. v. Savigny System Bd. VI. S. 208.) aufgenommen. Der Platz für diese Erörterungen würde hier seyn. Ueber die civilistische Auffassung der Sentenz herrscht Streit. Nach Puchta Pand. §. 99. würde durch die condemnatorische Sentenz, welche eine Verbindlichkeit ausspricht, eine neue obligatio (judicati) begründet, was von Pfeiffer Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. XXXVIII. (1855) S. 336 bestritten wird.

Ueber die Frage, ob durch eine falsche absolutoria die Obligation absolut getilgt werde, oder eine obligatio naturalis bestehen bleibe, s. v. Vangerow Pand. Bd. I. S. 305. ff. der VI. Aufl. und Sintenis pr. gem. Civilr. Bd. I. §. 34. Anm. 9. — Nach Pfeiffer's Ansicht (Arch. f. d. civ. Prax. Bd. XXXVIII. S. 340—342.) bleibt eine Naturalobligation mit beschränkter Wirksamkeit: zwar ist die condictio indebiti unzulässig und die etwaige Pfandklage bleibt gegen Dritte wirksam, dagegen hören die Bürgschaft und die Compensabilität auf. Vergl. dazu Fein im Arch. f. civ. Prax. Bd. XXVI. S. 161., Buchka Einfluß ꝛc. Bd. I. S. 315., v. Savigny System Bd. V. S. 376. 388. und Oblig.-R. Bd. I. S. 81. Dagegen s. Wächter Erörter. S. 135.

Ueber Rechtskraft gegen Dritte vergl. Freudentheil im Arch. f. d. civ. Prax. Bd. XLII., und über den Fall, da dem letzten von mehreren Pfandgläubigern mit Unrecht ein Vorzugsrecht vor dem ersten zuerkannt ist, s. Pfeiffer Arch. f. d. civ. Prax. Bd. XXXVIII. Im Allgemeinen vergl. auch Endemann, das Prinzip der Rechtskraft; 1860.

Bis zur res judicata findet Litispendenz statt; durch dieselbe wird die Verfügungsgewalt der Parteien beschränkt. Vergl. Eigenbrodt, Ueb. den Satz: lite pendente nil innovandum est, im Archiv f. pract. Rechtswiss. Bd. VII. S. 85. ff. u. 193. ff. und Zaun, Ueb. Veräußerung der streitigen Sache durch den Verklagten vor dem Urtheil, nach dem

Urtheil und vor Mittheilung der Klage; zugleich als Beitrag zur Lehre v. d. heutigen Anwendbarkeit der röm. Bestimmungen über Litigiosität, im Arch. f. pract. Rechtswiss. Bd. VIII. S. 279 ff.]

Kapitel IV.

Von Wiederherstellung der Rechte, insbesondere von den Restitutionen.*)

§. 21.

1. Allgemeine Grundsätze.

1) Was versteht man unter der in integrum restitutio, und von wem kann sie gesucht werden?
2) Welches sind ihre Erfordernisse?
3) Ist die in integr. restitutio nur da zuläßig, wo der Schade blos durch sie allenthalben gut gemacht werden kann?
3a) Welchen Personen, außer dem Verletzten, steht dieses Rechtsmittel zu?
4) Inwiefern kommt es bei der Frage über Restitutions-Ertheilung auf Beträchtlichkeit des Schadens an?
5) Welche Fälle sind von der Restitution gesetzlich ausgenommen?
6) Inwiefern kann ein zufällig schlimmer Erfolg des Geschäfts doch bei der Restitutionsfrage genügen?
7) Welches sind die gesetzlichen Gründe der Restitution?
8) Wie kann das Restitutionsbegehren bei Gericht eingeführt werden?
9) Muß allemal cognitio causae der Restitutionsertheilung vorangehen?
10) Wie ist die Restitutionssuchung in Ansehung des Zeitraums beschränkt?

---

*) Versteht sich von den prätorischen — nicht von den Civilrestitutionen, vgl. Burchardi die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, Göttingen 1831; von Schröter in der Zeitschrift für Civilr. und Proc. Bd. VI. S. 91., welch Letzterer jedoch, wie auch Heimbach in Weiske's Rechtslexikon Bd. IX. S. 292 die Annahme selbständiger in integrum restitutiones civiles verwirft, a. a. O. S. 151.

11) Wenn ein Minderjähriger venia aetatis erlangt hat, wird dann das quadr. restit. allemal von der Zeit der ertheilten venia aetatis an gerechnet?
12) Unterliegt auch die Restitution gegen verlorene Einreden der Verjährungsfrist?
13) Kommt die Restitution blos dem Verletzten oder auch Dritten zu Gute, und kann sie Dritten auch zum Nachtheil gereichen?
14) Kann sie auch gegen den dritten Besitzer der Sache geltend gemacht werden?
15) Findet auch Restitution gegen den Ablauf der Verjährungszeit statt?
16) In welchen einzelnen Fällen ist dieselbe besonders untersagt?
17) Kann die Restitution zu wiederholten Malen gesucht werden?
18) Worin bestehen die Wirkungen der Restitution?
19) Kann auch der Gegner des Restituirten zuweilen Restitution erlangen?
20) Kann die Restitution blos wegen erlittenen positiven Schadens oder auch wegen entgangenen Gewinns erlangt werden?
21) Muß die Restitutionsklage allemal in foro domicilii des Beklagten, oder kann sie auch in foro rei sitae angestellt werden? oder auch
22) in foro contractus?
23) Hemmt die Restitutionssuchung die Execution, wenn sie gegen ein Erkenntniß angestellt wird?
24) Unter welchen Bedingungen kann sie gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß erlangt werden?
25) Findet Restitution auch gegen Fristen statt, deren Versäumung durch Gesellschaftsstatuten (z. B. der Actienvereine) mit gewissen Rechtsnachtheilen verbunden ist?

Zu 1) Man versteht darunter bald den obrigkeitlichen Act selbst, bald das dahin abzweckende Rechtsmittel, wodurch ein nach der Strenge des materiellen oder des Formenrechts begründeter Rechtsverlust, er sey nun durch nachtheilige Handlungen oder Unterlassungen entstanden, aus Gründen der Billigkeit mittels einer außerordentlichen Rechtshülfe wieder aufgehoben, somit der vorige Stand wieder hergestellt wird, c. 2. C. 2. 41. — c. 2. C. 2. 54. — l. 1. u. 2. D. 4. 1.

— Die Restitution kommt dem Verletzten nicht blos für seine Person sondern auch dessen Erben, Cessionarien und Bürgen zu; s. unten zu Nr. 13.

Zu 2) Es wird dabei vorausgesetzt:

a) eine erweisliche [Vermögens=] Verletzung, ein Schade, welcher ohne Schuld des Verletzten, nicht durch Zufall, sondern durch die Handlung oder das Rechtsgeschäft selbst, entweder schon entstanden, oder wenigstens bereits begründet, mithin nothwendigen Erfolges ist, l. 4. l. 7. pr. D. 4. 1. — l. 9. pr. l. 11. §. 3. 4. 5. l. 7. §. 6. l. 16. §. 4. l. 24. §. 1. l. 49. D. 4. 4. — l. 21. §. 6. D. 4. 2. — l. 16. l. 27. D. 4. 6. — und nicht außerdem eingetreten wäre, l. 44. D. 4. 6. — l. 1. C. 2. 42.

b) ein in Rechten anerkannter Restitutionsgrund, justa causa restitutionis, l. 1—3. D. 4. 1.

Zu 3) Die gewöhnliche Behauptung, daß die in integrum rest. zu den subsidiären Rechtsmitteln gehöre, welche auch v. Vangerow §. 177. S. 340. der VI. Aufl. not. 1. vertheidigt, ist kaum haltbar; denn die Gesetze, auf welche man sich deshalb beruft, lassen sie blos da hinwegfallen, wo man sie bei der Richtigkeit des Geschäfts gar nicht braucht, s. Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. IX. S. 392. Dagegen ist es vielmehr unzweifelhaft, daß Minderjährige nicht erst ihren Vormund auszuklagen brauchen, l. 3. C. 2. 25. — Außerdem ist die Restitution wegen Zwangs und Betrugs immer zulässig, obgleich auch eine actio oder exceptio quod metus causa, und de dolo in den Gesetzen gegeben ist, l. 9. §. 3. u. 4. D. quod metus causa, 4. 2. — l. 7. §. 1. D. 4. 1. — l. 1. §. 6. l. 38. D. de dolo 4. 3.

Auch kann man nicht sagen, daß die Restitution in dem Fall nicht unmittelbar zur Hand genommen werden könne, wo man durch eine condictio ex causa seinen Zweck erreichen kann, denn die Condictionen gehören selbst zu den Restitutionsmitteln, l. 16. §. 2. D. 4. 4., folgerecht wird dieses auch auf die Civilrestitutionen anwendbar; Burchardi Lehre von der Wiedereinsetzung ꝛc. S. 102 ꝛc.

Zu 3 a) Außer dem Verletzten selbst, welcher indessen, während und so weit er in väterlicher Gewalt steht, durch den sogar wider seinen Willen für ihn die Restitution zu suchen berechtigten Vater, oder durch seinen Curator vertreten wird, l. 27. pr. D. 4. 4. — c. 4. X. 1. 41. de in integr. rest. gebührt die Restitution den Erben, wenn sie gleich der Erblasser bei seinen Lebzeiten nicht gesucht hatte, l. 14. §. 2. D. 4. 2. — versteht sich so lange, als die gesetzliche Frist noch

läuft — und sonstigen Universal-Successoren, auch Cessionarien, wenn ihnen zugleich das Restitutionsrecht von dem Verletzten cedirt worden ist; l. 24. D. 4. 4. — l. 25. D. 26. 7. — l. 20. §. 1. D. 27. 3. — Burchardi a. a. O. S. 406 ꝛc. Daß aber die Restitution wie ein privilegium causae ohne weiteres auch dem Singular-Nachfolger rücksichtlich der von dem Autor in Bezug auf die Sache Anderen ertheilten Rechte, sowie den accessorisch Verpflichteten in den Fällen, in denen der Hauptschuldner sich restituiren lassen, zu statten komme, wie Glück Thl. V. S. 461. deshalb annimmt, weil exc. rei cohaerentes bekanntlich auch den Bürgen zustehen, ist deshalb schwerlich zuzugestehen, weil die rest. in integr. eine Art von Klage im weitesten Sinn des Wortes, daher die Analogie der Einreden nicht zulässig ist; s. v. Vangerow Pand. I. §. 179. S. 347 der VI. Aufl., Heimbach a. a. O. S. 304. not. 108. Wenn nun aber auch dem Bürgen das beneficium nicht aus der Person des minderjährigen Hauptschuldners zustehen kann, so bleibt doch noch die Frage übrig, ob er dadurch, daß dieser es wirklich erlangt und ausgeübt hat, nicht von der Verbindlichkeit, der er beigetreten ist, frei werde?

Es ist aber nunmehr nach einhelliger Meinung der neueren Rechtsgelehrten das Ergebniß der verschiedenen einschlagenden Gesetzstellen dahin festgestellt, daß die Restitution des Hauptschuldners im Allgemeinen auch den Bürgen befreit, ausgenommen, wenn der Bürge sich in omnem eventum, oder insbesondere zu dem Ende, um dem Gläubiger Sicherheit gegen die Minderjährigkeit des Schuldners zu geben, obligirt hat; s. v. Savigny System Bd. VII. S. 217, Burchardi Wiedereinsetzung §. 30. S. 578., Puchta Vorlesungen II. S. 245, v. Vangerow Pand. I. §. 183. S. 356 der VI. Aufl., qui sciens prudensque se pro minore obligavit, si id consulto consilio fecit, licet minori succurratur, ipsi tamen non succurritur. Seuffert Pand. Bd. III. S. 666. no. 5. Die hierauf gerichtete Absicht des Bürgen kann aus dessen Bekanntschaft mit dem Alter des Hauptschuldners gefolgert werden; s. Burchardi a. a. O. S. 578, Sintenis Civilr. II. Aufl. I. S. 390 not. 163.*), doch kann diese Bekanntschaft

---

*) Dies bestreitet jedoch Heimbach a. a. O. S. 333. arg. l. 56. D. de R. J. — l. 87. de leg. I. — l. 26. D. 34. 5. — l. 21. C. 4. 29. — l. 35. §. 1. C. 3. 28. und will es blos als quaestio facti behandelt wissen, demnach dem Gläubiger den Beweis überbürden, daß der Bürge sich mit specieller Rücksicht auf die Minderjährigkeit des Hauptschuldners mit verpflichtet habe. Indessen wollen Einige dieses präsumiren, s. Donell. Comm. Lib. 21. c. 14, Vinnius sel. quaest. Lib. I. c. 11. Andere das Gegentheil, s. Anton Fa-

nicht geradezu vermuthet werden. Ohne Zweifel kann auch der Hauptschuldner zur Cession seines beneficii an den Bürgen rechtlich angehalten werden; vgl. l. 32. D. 46. 1.

Zu 4) Der Grundsatz, daß nur wegen bedeutender Verletzungen zu restituiren sey, findet sich in den Gesetzen nur in bestimmten Fällen ausgesprochen, l. 9. pr. §. 1. D. 4. 4. — l. 1. C. 2. 29. — l. 3. C. 2. 37. — §. 5. u. 6. J. 2. 19. — l. 57. §. 1. D. 29. 2. — l. 49. D. 4. 4. — l. 1. C. 2. 37. — l. 1. C. 2. 30. — vgl. l. 9. l. 17. C. 5. 3. — l. 8. l. 17. D. 5. 3. — l. 9. §. 5. l. 10. l. 11 pr. D. 4. 3. — l. 5. C. 2 21. — daher einige Rechtslehrer ihn nicht als allgemeine Regel gelten lassen wollen, Burchardi a. a. O. §. 8., wogegen jedoch die gewöhnliche Meinung gerechtfertigt wird von Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. IX. S. 297., wie denn auch im canonischen Recht c. 5. 8. X. de in integr. rest. (1. 41.) c. 14. X. de reb. eccles. alien. (3. 13.) die principielle Eigenschaft des erwähnten Satzes anerkannt ist, womit die Lehrbücher von Mühlenbruch, Wening-Ingenheim und v. Vangerow übereinstimmen. - Regel ist es auch insbesondere, daß die durch Restitution zu reparirende Verletzung nicht um vieles klarer seyn müsse, als der Schade, welchen die Restitution für den Gegner zur Folge haben würde; l. 4. D. 4. 1. — l. 24. §. 2. D. 4. 4. — l. 6. C. 6. 31. und daß die Restitution nicht zulässig ist, wenn man ein lucrum cessans mit dem damnum emergens eines Andern erlangen will; l. 18. 22. §. 1. D. 4. 6. — l. 17. §. 3. D. 22. 1. — In solcher Art ist demnach der Satz: „minima non curat Praetor" zu erfassen.

Zu 5) Die Beantwortung dieser Frage ergibt sich theils von selbst aus einem allenfallsigen Mangel der oben zu 2) bezeichneten Erfordernisse, außerdem sind folgende besondere Fälle zu bemerken, in welchen Restitution nicht stattfindet:

a) Descendenten gegen Ascendenten wird sie nicht gewährt; l. 27. §. 4. D. 4. 4. — l. 2. C. 2. 42. — ausgenommen, wenn sich der minderjährige Haussohn gegen seine Antretung einer vom Vater ausgeschlagenen oder gegen seine Ausschlagung einer vom Vater angetretenen Erbschaft restituiren lassen will; l. 8. pr. §. 1. C. 6. 61. Ob dieses auch gegen Adoptiveltern bei der Arro-

---

der Conj. Lib. VIII. c. 3. Hat nur Ein Theil, sey es der Gläubiger oder der Intercedent, die Minderjährigkeit des Hauptschuldners gekannt, so kann natürlich von der Annahme, daß die Intercession contemplatione minorennitatis geschehen sey, nicht die Rede seyn.

gation und vollen Adoption, ingleichen bei Stiefeltern stattfinde, ist bestritten, s. Glück Thl. V. S. 463, Leyser Spec. 57. Med. 1. und nur so viel unbezweifelt, daß gegen den Act selbst (Arrogation oder Adoption) Restitution stattfinde, l. 3. §. 6. D. 4. 4. — l. 6. §. 1. D. 37. 1. — sowie auch gegen einen die Emancipation für ungiltig erklärenden Richterspruch, l. 2. C. 2. 27. — Auch ist die Restitution in dem Falle nicht versagt, wenn Eltern die Vormundschaft über ihre Kinder führen, und in diesem Verhältniß etwas vorgefallen ist, was Anspruch auf Restitution gewährt, vgl. die unglossirte Nov. 155. c. 1.*) Uebrigens versteht sich von selbst, daß Kinder gegen Dritte restituirt werden können, mit welchen ihre Eltern aus elterlicher Gewalt oder von Vormundschaftswegen contrahirt, oder Proceß geführt haben; l. 43. §. 1. D. 26. 7. — l. 4. C. 2. 25. — l. 2. C. 2. 30. — l. 2. C. 2. 27. — l. ult. §. 2. C. 6. 61.

b) Der Verzicht auf die Restitution verhindert dieselbe, l. 29. C. 2. 3. — l. 51. C. 1. 3. — l. 69. D. 50. 17. — l. 19. §. 2. D. 39. 5., vorausgesetzt, daß man die Läsion gekannt habe, l. 7. §. 16. l. 27. §. 3. u. 4. D. 2. 14. — l. 17. pr. D. 13. 6. — l. 1. §. 7. D. 16. 3. — l. 23. D. 50. 17.

c) Wenn man selbst dolos zu Werke gegangen ist, wird man nicht restituirt; l. 9. §. 2. u. 5. D. 4. 4. — l. 26. §. 6. D. 4. 6. — l. 2. §. 3. D. 16. 1. — l. 4. §. 26. D. 44. 4. — l. 2. l. 3. C. 2. 43. — l. 1. C. 2. 42. — l. 30. C. 2. 4. — ferner

d) nicht gegen den Verlust dilatorischer Einreden l. 12. C. 8. 36 — und gegen die Versäumniß der Restitutionsfrist; l. 39. pr. D. 4. 4. Auch wird

e) gegen ein auf einen zugeschobenen Eid gebautes Erkenntniß nicht ex capite Novorum restituirt; l. 31. D. 12. 2. — wohl aber, wenn jenes auf einen nothwendigen Eid gegründet war.

f) Gegen fiscalische zum Zweck der Befriedigung des fiscus vorgenommene Veräußerungen; l. 5. C. 10. 3. — l. 1. l. 3. C. 4. 46. — wenn nur der Verkauf in gehöriger Form geschehen ist; l. 1. l. 2. C. 10. 3. — l. 2. C. 4. 46. — l. 3. C. 2. 37.

g) Gegen eine gültig geschlossene Ehe findet nach der Praxis nicht Restitution statt. Mehrere wollen sie auch nicht einmal gegen ein geschlossenes Eheversprechen gelten lassen, was aber auf keinem

---

*) Welche jedoch Heimbach a. a. O. S. 298. blos von der Mutter als Vormünderin versteht.

Gesetz und auch sonst nicht auf haltbaren Gründen beruht. Boehmer de rest. in integr. contra spons. §. 10., Burchardi a. a. O. S. 142 rc., Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 552.

h) Nicht gegen Strafen und eben so wenig gegen eine durch Verjährung oder Verzicht verlorene Pönalklage, l. 37. pr. §. 1. D. 4. 4. — l. 18. D. 4. 6. — l. 7. §. 1. D. 47. 10. — Indeß obwohl im Allgemeinen gegen Delictsstrafen keine Restitution stattfinden kann, so scheint dieselbe doch bei blos culposen Delicten allerdings zulässig zu seyn. Ganz ausdrücklich wird dieser Unterschied anerkannt bei der Umgehung der Zölle (commissum), deren Bestrafung nach l. 9. §. 5. D. 4. 4. — l. 16. §. 9. D. 39. 4. im Fall der bloßen culpa durch Restitution abgewendet werden kann; vgl. l. 1. C. 2. 35, v. Savigny System Bd. VII. S. 139.*)

i) Auch nicht gegen die 30—40jährige Verjährung; s. Thibaut Besitz und Verjährung II. §. 64— 73. Vgl. l. 15. §. 5. D. 43. 24. — l. 3. l. 5. C. 2. 51. — l. 1. l. 2. C. 2. 52. — l. 12. C. 7. 33. — l. 3. l. 7. C. 7. 35. — l. 3. l. 4. C. 7. 39. —

k) Nicht ex causa erroris gegen rechtskräftige Erkenntnisse l. 1. C. 2. 44.

l) Gegen die anderweite Ersitzung von Seite dritter Personen, nämlich anderer, als an welche man eine Sache durch Ersitzung oder Veräußerung unmittelbar verloren hat, wird nicht restituirt; l. 3. C. 2. 20. l. 3. C. 5. 73.

m) Eben so wenig gegen Versäumniß der Frist zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand selbst; l. 20. pr. D. 4. 4, Sintenis Civilr. S. 369. [Diese von Sintenis in der I. Aufl. seines Civilrechts aufgestellte Ansicht ist von ihm, unter nunmehriger Berufung auf v. Savigny System, Bd. VII. S. 258 ff. und v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 177. S. 344. der VI. Aufl., ausdrücklich aufgegeben worden; s. II. Aufl. Bd. I. §. 36. Anm. 37.; Ulpian in l. 20. pr. cit. versagt die Restitution lediglich deshalb, weil in dem concreten Falle die Nichteinhaltung der Frist durch die Abwesenheit nicht gerechtfertigt war.]

---

*) Eine Ausnahme läßt sich auch insofern aufstellen, als die Strafe blos Folge der Eingehung eines Rechtsgeschäfts war, gegen welches der Verurtheilte sich restituiren ließ, und wodurch er sich wenigstens mittelbar von der Strafe befreite; l. 1. §. 10. D. 3. 1., Heimbach a. a. O. S. 299.

Zu 6) Wenn ein an sich seinem Inhalt nach nicht verletzendes Geschäft oder Urtheil durch einen hinterher sich ereignenden Zufall erst nachtheilig wird, so kann natürlich nicht die Restitution stattfinden; casum sentit dominus, — wenn aber gerade das Verletzende in der gewagten Natur des Geschäfts lag, z. B. der Kauf einer gefährdenden Sache, oder Antretung einer Erbschaft, welche aus unsicheren Capitalien bestand, dann kann man, wenn die Gefahr schon zur Zeit des Geschäfts vorhanden war, allerdings den Begriff eines nachtheiligen Geschäfts als gegeben und mit ihm auch die Restitution als zuläßig erkennen; l. 11, §. 5. D. 4. 4. — Burchardi a. a. O. S. 110.

Zu 7) Minderjährigkeit mit analoger Ausdehnung auf Städte und Communen und piae causae, l. 78. §. 1. D. 31. — l. 3. C. 11. 29. — l. 4. C. 2. 54. [s. Sintenis pr. gem. Civilr. I. §. 36. S. 373 der II. Aufl.] — Abwesenheit im weiteren unten §. 25. Nr. 1. erklärten Sinn — Furcht und Zwang, — dolus — ein sehr entschuldbarer Irrthum, Pauli l. 7. §. 2. — l. 1. l. 2. D. 4. 1. — l. 15. §. 5. D. 43. 24. — capitis diminutio des Schuldners, s. Burchardi a. a. O. §. 17. und was die clausula praetoris generalis in sich faßt. Ueber die besonderen Begünstigungen der Frauenspersonen, Soldaten und Landleute in Fällen der Rechtsunwissenheit und des Irrthums, s. Kap. VI. §. 37. von Rechtsgeschäften.

Zu den prätorischen Restitutionen gehören unter andern auch noch die actio de alienatione judicii mutandi causa (Dig. 4. 7. Cod. 2. 55. — Decret. Gregor. IX. I. 42.), actio Pauliana und das Edictum fraudatorium, Dig. 42. 8. — C. 7. 75. — sowie die actio Faviana und Calvisiana ob alienationem in fraudem patroni. Dig. 38. 5. — C. 6. 5.

Zu 8) Sowohl im Wege der Klage, als der Exception, Re= und Duplik l. 9. §. 3. D. 4. 2. — l. 9. §. 4. D. 12. 2. — mit der Einschränkung jedoch, daß sie im Replikwege an dieselbe Frist gebunden ist, welche den Restitutionsklagen vorgezeichnet ist, l. 9. §. 4. D. 12. 2. Weber Beiträge zur Lehre von den Klagen St. I. S. 12., was dagegen zweifelhaft ist, wenn die Restitution exceptions= oder duplikweise gesucht wird. Mackeldey Lehrb. II. §. 744. S. weiter unten zu Nr. 12.

Zu 9) Allerdings, doch findet im Proceß zuweilen restitutio brevi manu gegen abgelaufene Fristen statt. Mackeldey a. a. O. §. 743.

Zu 10) Unbestritten ist für die rest. minorum et majorum in l. 7. C. 2. 53. ein quadriennium continuum vorgesteckt, welches für die Minderjährigen nicht a tempore cognitae laesionis, wie Leyser Vol. I.

Sp. 60. N. 5. und unter den Neuern Thibaut über Besitz und Verjährung S. 131. 135. 138. in Widerspruch mit den meisten Rechtslehrern annimmt, sondern vom ersten Tag des 26ten Lebensjahres beginnt, s. Burchardi a. a. O. §. 23. S. 499. bei Majorennen, insbesondere ex capite absentiae (in sensu generaliori) vom Aufhören des Hindernisses an gerechnet, l. 7. pr. C. 2. 53. — l. 8. C. 2. 21. – l. 4. C. 2. 20, bei den übrigen Restitutionen vom Moment der Verletzung an. Dagegen ist nach R. R. kein gegründeter Zweifel zu erheben, s. auch v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 180. S. 351 der VI. Aufl. Nun tritt nur aber aus dem canonischen Recht eine Modification entgegen, indem es namentlich der ecclesia die Restitution nach Ablauf des Quadriennium nur bei nachlässiger Versäumung desselben versagt, c. 1. u. 2. de rest. in integr. in VIto (1. 21), nicht aber, wenn Prävarication, offenbarer Betrug oder alia rationabilis causa zum Grunde lag. [vgl. v. Savigny System Bd. VII. S. 250.] Daß diese Stelle nicht wirklich eine Modification der römischen Rechtsregel, nulla scientia vel ignorantia exspectanda, enthalte, wie Vermehren im civilist. Archiv Bd. X. S. 400. dafür hält, ist wohl nach deren klaren Worten*) nicht anzunehmen; s. Keil daselbst Bd. XXXVIII. S. 398. Aber eben so wenig möchten wir dem zuletzt genannten Schriftsteller beistimmen, welcher in der fraglichen Gesetzstelle blos ein jus singulare der Kirche erkennt,**) denn sie ist ja den allgemeinen Rechtsprincipien unleugbar entsprechend, wie Kritz in der Sammlung von Rechtsfällen Bd. II. S. 24. bemerkt hat, besonders bezüglich des dolus und der Prävarication, und der Beisatz: aut alia rationabilis causa trägt nur der legislativen Klugheit Rechnung, welche denkbare, gleicher Rechtswirkung fähige Fälle nicht ausschließen wollte. Wir folgen daher dem Urtheil v. Savigny's im System d. R. R. Bd. III. S. 410 ꝛc.: „In einzelnen seltenen Fällen kann für den Kläger die Entdeckung der Rechtsverletzung so schwer seyn, daß sie der Unmöglichkeit gleich zu achten ist; kann er also solche Umstände nachweisen, so wird die Verjährung ausnahmsweise von der Zeit seiner Kenntniß an gerechnet." Vgl. übrigens gegen Keil noch Vermehren in d. Zeitschr. für Civilr. N. F. Bd. XXXIX. S. 218—232.

*) Ecclesia, quae postulat se admitti, si quadriennii spatium post sit lapsum, et negligenter omiserit, non est admittenda, nisi praevaricationis, vel fraudis manifestae probetur super hoc intervenisse commentum aut alia causa rationabilis subsit etc.

**) Welcher aber doch auch das Quadriennium a tempore laesionis angerechnet wird, wenn es sich um Restitution gegen ein gerichtliches Geständniß handelt. Clem. un. de restit. (l. 11.)

Streitig ist die Frage, ob das von Justinian an die Stelle der früheren Verjährungsfristen der Restitution gesetzte quadriennium nur auf die restitutio minorum und wegen absentia oder auch auf andere Restitutionen, z. B. ex capite doli, metus etc. zu beziehen sey. Insbesondere bestreitet eine ausdehnende Erklärung Heimbach im R.-Lex. Bd. IX. S. 311, Löhr im civilist. Arch. Bd. X. S. 86, Vermehren ebend. S. 399, Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts §. 107. a. f. Die herrschende Ansicht geht jedoch dahin, daß die Constitution Justinian's die Absicht einer durchgreifenden Satzung für jede Restitution entnehmen lasse. Glück Thl. V. S. 436, Unterholzner Verjährungslehre §. 151, Mühlenbruch Pand. §. 160, v. Wening-Ingenheim Civilr. Bd. VI. §. 10, Burchardi Wiedereinsetzung S. 509, v. Savigny a. a. O. S. 255 ff., v. Vangerow Pand. Bd. I. S. 350. Die Restitution kann auch schon innerhalb der 4 Jahre unwirksam werden, wenn sie gegen einen dritten Besitzer gesucht wird, dieser aber durch langjährigen Besitz im guten Glauben geschützt ist; l. 3. C. 2. 20.

Zu 11) Nicht immer; denn wegen früher erlittener Läsionen — aus Geschäften nämlich, welche er vor der Jahrgebung eingegangen hat, — läuft die Verjährung doch nie vor dem vollendeten 25. Lebensjahre, kann also hier länger als 4 Jahre dauern; l. 5. pr. C. 2. 53.

Zu 12) Obgleich, indem man die Einreden für unverjährbar erkennen muß, nach l. 5. §. 6. D. 44. 4. — l. 5. C. 8. 36. [s. oben §. 19. zu Fr. 22.] — auch eine exceptionsweise angebrachte Restitution nach diesem Grundsatz zu behandeln zu seyn scheint, s. Glück Thl. V. §. 439. S. 446 ꝛc., Wening-Ingenheim Lehrb. §. 554. (3. Aufl.), Mackeldey §. 744, so ist doch wohl die Behauptung richtiger: Daraus, daß Einreden unverjährbar sind, folge nicht, daß auch die Bitte um Herstellung einer nicht mehr vorhandenen Einrede unverjährbar sey; vielmehr muß derjenige, welcher eine Einrede eingebüßt hat, der Gegner möge klagen oder nicht, die Restitution innerhalb der derselben gesetzten Verjährungsfrist nachsuchen; Burchardi a. a. O. S. 496. In Nov. 100. c. 2. ist z. B. ausdrücklich die Restitution gestattet, wenn die exc. non num. dotis durch Verjährung verloren gegangen ist, es ist aber für diese Restitution eine noch kürzere Verjährungsfrist als in anderen Fällen bestimmt. Unstreitig aber ist die exc. doli nach I. 5 §. 6. D. 44. 4. und die replicatio doli nach l. 6. C. 8. 36. der Verjährung nicht unterworfen, indem diese auch ohne Restitution dem Betrogenen ipso jure zusteht.

Zu 13) Abgesehen von zufälligen Folgen, welche Heimbach a. a. O. S. 315. bemerkt, erstreckt sich die Restitution eigentlich nicht auf Dritte, weder zu ihrem Nachtheil, noch zu ihrem Vortheil; z. B. wenn Jemand gegen Antretung einer Erbschaft restituirt wird, so brauchen seine Miterben sich nicht das jus accrescendi gefallen zu lassen, l. 55. l. 61. D. 29. 2. — es verlieren die Pupillar-Substituten nicht ihr Erbrecht aus dem Pupillar-Testament, weil etwa das väterliche Testament durch die Restitution destitut geworden ist, l. 2. §. 3. D. 28. 6. — Alle, welche gültig etwas von dem Erben aus der Erbschaft bekommen haben, brauchen dieses nicht zurückzugeben l. 22. pr. D. 4. 4. — l. 30. §. 11. D. 40. 5. — wie denn überhaupt die inzwischen mit der Erbschaft auf gehörige Weise vorgenommenen Veränderungen, z. B. Veräußerungen durch den Erbschaftscurator zum Nachtheil Dritter, nicht wieder aufgehoben werden können; l. 22. in f. D. 4. 4. — §. 5. J. 3. 11. Wird ein minor gegen die Antretung einer Erbschaft restituirt, so können zwar die bezahlten Legate, nicht aber Schuldenzahlungen zurückgefordert werden; l. 5. D. 12. 6. — l. 22. l. 31. D. 4. 4. Wenn einer von mehreren Mitbürgen Restitution erhält, so fällt — den Fall solidarischer Verpflichtung ausgenommen — sein Theil an der Verbindlichkeit nicht den übrigen zur Last, l. 48. §. 1. D. 46. 1. — die von dem Procurator des Minderjährigen geleistete cautio de rato ist nicht verwirkt, wenn der Minderjährige nach genehmigter Proceßführung sich hinterher gegen das Urtheil restituiren läßt; l. 3. pr. D. 46. 8. — Wer durch die gegen ihn ertheilte Restitution außer Stand gesetzt wird, seine Verbindlichkeit gegen Andere zu erfüllen, z. B. weil er die Sache, die er ihnen versprochen hatte, zurückgeben muß, ist verbunden, Jene zu entschädigen, damit sie nicht durch Restitution leiden, l. 78. §. 1. D. de legat. II. (31.), und eben so wenig ist er befugt, die Sache, welche er zufolge der Restitution zurückzuliefern hätte, von dem jetzigen Inhaber, an welchen er sie veräußert hat, wieder abzufordern, sondern muß sich mit seinem Gegner der Restitution halber durch ein Aequivalent abfinden; l. 62. D. 23. 3.

Zu 14) In der Regel geht die Restitution nur gegen denjenigen, welcher unmittelbar durch das die Verletzung enthaltende factum gewonnen hat, und gegen dessen Erben oder Universal-Successoren, l. 14. D. 4. 4. — l. 78. §. 1. D. de legat. II. (31.) l. 6. l. 7. C. 2. 22., besonders wenn auch sie sich bereichert haben, oder sich noch im Besitz befinden, l. 16. §. 2. D. 4. 2. — l. 17. §. 1. l. 26. D. 4. 3. — l. 30. pr. D. 4. 6. — l. 30. §. 7. D. 15. 1. — l. 6. D. 44. 1.

— Sintenis pr. gem. Civilr. I. §. 36. S. 389. der II. Auflage — in rem aber, folglich gegen Dritte unstreitig alsdann, wenn die Restitutionsklage eine actio in rem scripta ist, l. 9. §. 8. D. 4. 2.— l. 14. §. 3. D. eod. — l. 1. pr. l. 6. §. 11. und l. 10. §. 19. D. 42. 8., z. B. act. vel exc. metus causa; ferner wenn das verlorene Recht ein dingliches ist, vorzüglich dann, wenn der Besitzer beim Erwerb der Sache den Restitutionsgrund gekannt hat, — wenn bei dem eigentlich Verpflichteten nichts zu bekommen ist, oder der Verletzte ein ganz besonderes Interesse an der Natural-Restitution hat; l. 9. pr. l. 13. §. 1. l. 14. D. 4. 4. — l. 17. pr. D. 4. 6. — l. 18. D. 11. 1. — l. 39. pr. D. 21. 2. — l. 3. C. 2. 20. — l. 3. C. 2. 37. — l. 3. l. 6. C. 2. 51. — l. 2. C. 2. 52. — l. 9. §. 4. D. 4. 2.

Zu 15) Ueber diese bestrittene Frage ist, was die 30jährige Verjährung betrifft, die verneinende Ansicht wohl die herrschende, Glück Thl. VI. §. 472. S. 50. no. 4., Thibaut System über Besitz u. Verjährung S. 168, Dabelow von der Verjährung Thl. II. S. 379, Kritz Sammlung v. Rechtsfällen Thl. II. S. 325, Unterholzner v. d. Verjähr. §. 136, v. Savigny System Bd. III. S. 421. und stützt sich auf l. 12. C. 7. 33. und l. 3. l. 4. C. 7. 39. Dagegen erklärt sich nach Voet in Comm. ad Pand. L. VI. tit. 4. §. 29, Cocceji jus controv. L. IV. tit. 4. qu. 4., unter den Neuern Burchardi a. a. O. S. 135 ꝛc., und v. Vangerow Pand. Bd. I. S. 344. der VI. Aufl. Anm. 2. No. 12., vgl. übrigens §. 24. zur Fr. 7. lit. o. Gegen die Verjährung aller kürzeren Klagen ist die Restitution ohne Zweifel möglich, und es kommen dabei im Allgemeinen deren Regeln zur Anwendung, nur sind dieselben bei der Restitution wegen Zwang, Betrug oder Irrthum hinsichtlich deren eigenthümlichen und beschränkten Wirkung nicht anwendbar, Sintenis Civilr. Bd. I. S. 381. der II. Aufl. Anm. 99.

Zu 16) In einzelnen Fällen ist übrigens die Restitution wider den Ablauf einer Verjährung unstreitig untersagt, z. B. gegen die 60tägige Frist zur accusatio adulterii, l. 37. §. 1. D. 4. 4. — l. 4. §. 2. l. 11. §. 6. l. 14. §. 2. l. 30. §. 1. D. 48. 5. — l. 30. C. 9. 9. — ingleichen gegen das quinquennium, in welchem quaestio status eines Verstorbenen angestellt werden muß, ferner gegen die Verjährung der qu. inofficiosi, wenn nicht sehr dringende Gründe obwalten; l. 8. §. 17. D. 5. 3. — endlich gegen die Verjährungsfrist der Restitution selbst; l. 20. pr. D. 4. 4. s. v. Vangerow Pand. I. §. 177. Anm. 2. No. 12.

Zu 17) In der Regel nicht, doch machen neue Gründe eine

Ausnahme; Paul. S. R. I. 7. §. 3. — l. 1—3. C. 2. 44. Restitution gegen eine bereits ertheilte Restituton ist aber zulässig, l. 7. §. 9. D. 4. 4. nur nicht in dem Falle, wenn ein filius familias gegen die Ausschlagung der ihm deferirten Erbschaft, welche sein Vater angetreten hatte, Restitution erlangt hatte, l. 8. §. 1. C. 6. 61., s. v. Vangerow a. a. O. S. 342.

Verzicht auf die Restitution, nachdem das Verhältniß oder der Umstand, worin die justa causa restitutionis liegt, aufgehört hat, schließt die Restitution aus, sofern nicht eine Restitution gegen den Verzicht selbst wiederum zulässig ist; l. 3. §. 1. 2. l. 20. §. 1. l. 21. 30. D. 4. 4. — l. 1. 2. C. 2. 46; Heimbach a. a. O.

Zu 18) Da Alles, soweit es möglich ist, in den vorigen Stand zurückversetzt werden soll, so erstrecken sich die Wirkungen der Restitution auch dahin, daß, wenn einerseits ein verlorenes Recht restituirt, oder Befreiung von einer übernommenen Verbindlichkeit ertheilt wird, der Gegner auch andererseits die durch jenes Geschäft oder Ereigniß, z. B. durch Verzicht, Novation, das pactum de non petendo etc. erloschenen Klagen wieder erhält; l. 50. D. 4. 4. — l. 8. §. 9. D. 16. 1. — l. 1. u. 2. C. 2. 32. — Ueberhaupt muß jeder Theil, was er vom andern erhielt, mit Accessionen und Früchten zurückgeben, und die während seines Besitzes auf die Sache verwendeten nothwendigen und nützlichen Kosten vergütet erhalten; l. 24. §. 4. D. 4. 4. — l. un. pr. C. 2. 48. — l. 18. u. 22. §. 1. D. 4. 6. — l. 27. §. 1. l. 39. §. 1. l. 40. §. 1. D. 4. 4. — l. 7. l. 8. l. 10. §. 22. D. 42. 8. — l. un. C. 2. 48.*) Wer gegen die Erbschaftsantretung restituirt wird, erhält zugleich die durch Confusion erloschenen Rechte, l. 87. §. 1. D. 29. 2. — l. 17. D. 34. 9. der gegen die Erbschaftsausschlagung restituirte Descendent seine Ansprüche auf Collation gegen seine Miterben wieder, l. 1. §. 2. D. 37. 6. Nothwendige Folge der Restitution ist, daß auch der Restitutionsgegner Rückgewähr alles desjenigen verlangen kann, was er vermöge des wieder aufgehobenen Zustandes bereits hingegeben, aufgegeben oder sonst eingebüßt hat; l. 39. §. 1. D. 4. 4. — l. 32. §. 5. D. 26. 7. Vergleiche dazu Sintenis pr. gem. Civilr. §. 36. S. 387. der II. Aufl.

---

*) Zuweilen ist es freilich nicht möglich, den Schaden ganz aufzuheben, den ein unschuldiger Dritter erleiden kann, z. B. eine Uhr, die mir abgezwungen war, hat ein Dritter vom Extorquenten bona fide gekauft. Ich kann nun mit der rest. ex causa metus auch vom Dritten restituirt verlangen, diesem kann es aber zuweilen unmöglich werden, zu seinem Kaufgeld wieder zu gelangen.

Zu 19) Ja, wenn der Restituirte die Restitution betrüglich erschlichen hat, l. 33. D. 42. 1. — Burchardi a. a. O. §. 10. S. 126, was überhaupt gegen alle Geschäfte gilt, bei welchen man selbst dolos zu Werke gegangen ist; l. 9. §. 2. und 5. D. 4. 4. — l. 26. §. 6. D. 4. 6. — l. 2. §. 3. D. 16. 1. — l. 4. §. 26. D. 44. 4. — l. 2. l. 3. C. 2. 43. — l. 1. C. 2. 42. — l. 30. C. 2. 4.

Zu 20) In beiden Fällen; l. 7. §. 6. l. 44. D. 4. 4. — l. 27. D. 4. 6. — l. 1. C. 2. 40. — Hiefür dient besonders die Restitution gegen eine ausgeschlagene Erbschaft zum Beweis; l. 17. D. 4. 6. — l. 6. C. 6. 31. — Die entgegengesetzte Behauptung Mehrerer, s. Puchta Pandecten §. 101. not. d. Ed. II.: nur die Minderjährigen könnten sowohl wegen entgangenen Gewinns, als wegen erlittenen Verlusts Restitution erlangen — wird von v. Savigny System Bd. VII. S. 122 dahin berichtigt: Man muß unterscheiden zwischen einem solchen Gewinn, wodurch ein Anderer an seinem schon erworbenen Vermögen verkürzt wird, und dem Gewinn, wobei dieser Fall nicht eintritt. Der Erste, wovon Beispiele in l. 37. pr. D. 4. 4. — l. 18. D. 4. 6. — l. 17. §. 3. D. 22. 1. — l. 20. D. 4. 6. soll niemals Grund einer Restitution werden können, weder für einen Minderjährigen, noch für einen Andern. Gegen die Versäumniß desjenigen Gewinns aber, wodurch nicht zugleich Anderen schon erworbenes Vermögen entzogen wird, soll allerdings sowohl Volljährigen als Minderjährigen beim Vorhandenseyn eines Restitutions-Grundes Restitution ertheilt werden; l. 1. C. 2. 40. — l. 17. pr. §. 1. l. 41. D. 4. 6. l. 27. D. eod.

Die Restitution eines Minderjährigen wird an und für sich durch die obrigkeitliche Bestätigung des Rechtsgeschäfts nicht ausgeschlossen, aber die Ausschließung derselben wird gleichwohl de facto daraus erfolgen, daß es an dem gesetzlichen Erforderniß, nämlich an einer aus jugendlicher Unerfahrenheit entstandenen Verletzung fehlen wird; s. v. Savigny System Bd. VII. S. 159. — l. 7. §. 2. D. 4. 4.

Zu 21) Das forum rei sitae kann nur dann Platz finden, wenn die Restitutionsklage eine Realklage oder eine act. in rem scripta ist, wie z. B. actio metus causa, welchenfalls sie ja auch gegen den dritten Besitzer angestellt werden kann; Glück Thl. V. S. 406. §. 434. Es gelten demnach für Restitutionen dieselben Grundsätze, wie für andere Klagen.

Zu 22) Ist zweifelhaft. Bejahend entscheidet v. Wening-Ingenheim Bd. III. S. 423. §. 553, Voet Comment. ad Pand. L. IV.

Tit. I. §. 7, Burchardi a. a. O. S. 549, Heimbach a. a. O. S. 306; verneinend Glück Thl. V. S. 406. und die in der Note 38 Citirten nach der Natur des fori contractus, welches nur für Klagen aus dem Contract, es sey nun auf eine Leistung oder auf eine vorbedungene Wiederauflösung, aber nicht gegen den Contract gegeben ist. Man wird daher sicherer den ordentlichen, als den außerordentlichen Gerichtsstand angehen.

Zu 23) Die Execution kann gegen hinlängliche Sicherheitsbestellung gefordert werden; c. 6. u. 7. X. de in integr. rest. (1. 41.)

Zu 24) Es werden Nova eaque relevantia hierzu erfordert, nämlich entweder neue Thatumstände, von welchen man vorher nichts wußte, oder neu entdeckte Beweismittel, und es muß bewiesen seyn, daß man früher dieselben nicht als sachdienlich kannte, oder nicht geltend machen konnte. Besondere Bedingungen, welche nöthig scheinen, um dieses Rechtsmittel gegen Mißbrauch zu sichern, sind in den Proceßordnungen auf verschiedene Weise festgestellt.

Zu 25) Dergleichen Statuten enthalten gewöhnlich die Bestimmung: „daß bei unterlassener Einzahlung der successiven Einschüsse zu der bestimmten Zeit, das Recht aus diesen sofort zu annullirenden Actien sammt den bereits früher gemachten Einzahlungen verloren gehe." Leicht kann es sich treffen, daß ein Actieninhaber, durch eine hitzige Krankheit an aller Thätigkeit verhindert, den Einzahlungstermin schuldlos verstreichen ließ. Kritz in d. Sammlung von Rechtsfällen Bd. II. S. 247. gibt einen solchen Fall, welcher durch ein Compromiß zu Gunsten des diesem Unfall unterlegenen Actieninhabers entschieden wurde, und entwickelt zugleich seine Gründe für eine entgegengesetzte Entscheidung. Der Fall hat das Eigenthümliche, daß die präjudicielle Frist als eine vertragsmäßige zu betrachten, und im Interesse jedes einzelnen Actionärs eben so, wie der Gesellschaft als Corpus, gleich wesentlich dahin gerichtet ist, die Gefahr der Zufälle von dem Unternehmen entfernt zu halten. Von einer Restitution kann daher eigentlich in diesem Fall nicht die Rede seyn, wenn der zur Einzahlung Verpflichtete vertragsmäßig die Gefahr des Zufalls, welcher ihn an derselben zur bestimmten Zeit verhindern könnte, auf sich genommen hat. Es kann demnach nur auf vernünftige Interpretation des Vertrags oder Statuts und darauf ankommen, ob der Rechtsbegriff von mora mit ihren nachtheiligen Folgen — welcher doch auch dem Vertrag stillschweigend subsumirt werden muß — nicht eine culpa nothwendig involvire. Was das Erste betrifft, so ist es schwer anzunehmen, daß die Gesellschaftsmitglieder bei Fassung der Statuten

gegen einander die zwecklose Härte hatten begehen wollen, die gemeinen Regeln der Zurechnungsfähigkeit auszuschließen. In Ansehung des zweiten Punkts sind zwar die Rechtsgelehrten unter sich nicht einig. Manche halten eine culpa für wesentlich erforderlich, z. B. Thibaut im System d. P. R. §. 98. (8. Ausg.), Glück Thl. IV. S. 402. §. 328, v. Madai Lehre von der mora Kap. I. §. 2., Andere nicht; s. Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. §. 315, Schömann Lehre vom Schadenersatz Thl. II. S. 10. Aber auch diese statuiren doch eine Exculpation bei besonderen Entschuldigungsgründen, s. Mackeldey a. a. O. §. 345., und eine purgatio morae re adhuc integra. Jedenfalls wäre die mildere Meinung anzunehmen, wenn sie dem Zweck und der Absicht des Statuts mehr entspricht. Diese kann aber nur dahin angenommen werden, sich der Einzahlungen möglichst zu versichern und im Ausbleibungsfall eine Schadloshaltung zu erlangen, nicht aber aus unverschuldeten Zufällen einen Gewinn zu ziehen.

---

§. 22.

2. Restitutionen wegen Furcht und Zwang.

1) In wie ferne kann diese Restitution h. z. T. noch von Nutzen seyn, da doch Furcht und Zwang jedes Rechtsgeschäft von selbst ungiltig macht, und auch der Unterschied zwischen negotiis stricti juris und bonae fidei wegfällt?
2) Worauf geht diese Klage?
3) Wenn die Klage gegen einen dritten Besitzer gerichtet wird, ist es dann nöthig, die Person, durch welche man die Gewalt erlitten, in der Klage namhaft zu machen?
4) Haften die Erben des Urhebers der Furcht und Gewalt unbedingt?
5) Wie wenn die Sache zufälligerweise zu Grund gegangen ist und zwar
   a) noch im Besitz des Erblassers, oder
   b) des Erben selbst?
6) Wie haftet der dritte Besitzer, wenn bei ihm die Sache durch Zufall zu Grunde gegangen ist?
7) Wie lange dauert diese Klage?
8) Steht dieselbe auch demjenigen zu, welcher ein Interesse dabei hat, daß der Andere nicht gezwungen werde?

Vgl. unten Kap. VI. §. 2. b. Fr. 1. ff.

Zu 1) Man findet den Grund darin, daß die Contractsklage blos in personam, nicht in rem geht, und die actio quod metus causa mit größeren Weitläufigkeiten verbunden ist, um sich von übernommenen Verbindlichkeiten zu befreien, auch in manchen Fällen, z. B. bei erzwungener Antretung einer Erbschaft, der That nach ein erhebliches Resultat herbeizuführen nicht geeignet ist; Burchardi a. a.O. S. 362 ꝛc., Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. IX. S. 321., dagegen die rest. ob metum schnelle Hilfe, und auch gegen einen solchen gewährt, welcher nur mittelbar bei dem durch Furcht und Zwang herbeigeführten Ergebniß betheiligt ist. Einen reellen Vortheil würde man auch dann in der Restitution finden, wenn man — obwohl gegen die Meinung Anderer — mit Dollmann in Seuffert und Glück's Blättern f. Rechtsanw. Bd. XVI. S. 131. annehmen dürfte, daß act. quod metus nach l. 14. §. 3. D. 4. 2. gegen den Dritten auf die Voraussetzung beschränkt sey, daß er einen Vortheil daraus erlangt habe, welche Beschränkung aber bei der Restitution propter metum unbestritten wegfällt. Die von Glück Thl. IV. S. 177. mehreren älteren Juristen entnommene Behauptung, daß alle erzwungenen Geschäfte schon ipso jure nichtig seyen, ist nun wohl allgemein aufgegeben, s. Heimbach a. a. O. und die dort Citirten, und eben so wenig kann man Glück's Distinction a. a. O. S. 179. in Ansehung der von einem Dritten erregten Furcht, ob der Promissar von dem dem Promittenten angethanen Zwang etwas gewußt habe, mit den Gesetzen vereinbarlich finden; s. Sintenis Civilr. Bd. II. S. 357. Anm. 5, v. Vangerow Pand. B. III. §. 605. S. 302. der VI. Aufl.

Zu 2) Die Klagsbitte geht entweder auf Herausgabe der abgepreßten Sache mit allem Zubehör, oder nach Umständen auf Rescission einer aus Furcht geschehenen Rechtsentsagung oder Schulderlassung oder übernommenen Verbindlichkeit; l. 9. §. 3. u. 7. l. 21. §. 4. D. 4. 2. — l. 7. 12. C. 2. 20.

Zu 3) Dies ist nicht wesentlich, zuweilen auch — nämlich bei Unbekanntschaft der Person — nicht möglich, kann daher auch nicht nothwendig seyn; l. 14. §. 3. D. 4. 2. — l. 15. §. fin. D. de dolo malo.

Zu 4) Unbedingt nach R. R. nur, wenn bei Lebzeiten des Erblassers die Klage schon gegen diesen angestellt war, l. 18. D. 4. 2. — außerdem nur in so weit aus der unerlaubten Handlung etwas an sie gekommen ist, l. un C. 2. 20. — l. 16. §. 2. l. 20. — l. 20. D. 4. 2. — mithin, auch wenn die Erben die Sache nicht

mehr besitzen, für den erlangten Gewinn, l. 17. D. 4. 2. — l. 127. D. de R. J., nach canonischem Recht aber, c. 5. X. de raptoribus, welches in Praxi gilt, ohne Unterschied, soweit die Erbschaft zureicht; Glück Thl. V. S. 500. §. 449.

Zu 5) Das R. R. verpflichtet den Erben in solchen Fällen nur, wenn die Sache bei dem Erben erst nach der Litiscontestation zu Grunde ging; das canonische Recht aber und mit ihm die heutige Praxis verpflichtet den Erben unbedingt, nämlich soweit die Erbschaft zureicht; c. 5. X. de raptoribus.

Zu 6) Es ist hier zwischen bonae fidei und malae fidei possessor zu unterscheiden. Der Erstere hat nie für reinen Zufall zu haften, ausgenommen, wenn er nach eröffnetem Definitivurtheil im Verzug sich befindet; Glück Thl. V. §. 450. S. 504; der Letztere aber wohl, eben so wie der Urheber der Gewalt, doch statuirt das Gesetz eine Ausnahme, wenn die Sache auf gleiche Weise bei dem Eigenthümer auch zu Grunde gegangen seyn würde; l. 14. §. 11. D. 4. 2.

Zu 7) Sie unterliegt nur der 30jährigen Verjährung, insoweit sie blos actio rei persecutoria ist; l. 21. §. 1. D. 4. 2. — l. 4. C. 2. 20, Mackeldey Lehrb. Bd. II. §. 748. — Außerdem muß sie in 4 Jahren angebracht werden; l. 14. §. 1. u. 2. D. 4. 2. — Es versteht sich übrigens von selbst, daß ein bonae fidei possessor durch die kürzere Zeit der erwerbenden Verjährung die Klage von sich abweisen kann; l. 3. C. 2. 20.

Zu 8) Ja; l. 14. §. 6. u. 8. D. 4. 2. — l. 7. §. 1. D. 44. 4., Mackeldey a. a. O. §. 748.

---

§. 23.

3. Restitution wegen Arglist.

1) Inwiefern kann die act. de dolo auch heut zu Tage noch Nutzen gewähren, nachdem dolus jedes Geschäft ungiltig macht? —
2) Geht die actio doli auch gegen den Dritten?
3) Haften mehrere Theilnehmer des Betrugs in solidum?
4) Geht die Klage blos auf den positiven Verlust, oder auch auf den entzogenen Gewinn?
5) Kann der zu beschwörende Schadensbetrag durch richterliche Schätzung ermäßigt werden?
6) Haftet der Erbe des Betrügers unbedingt?

7) Schließt der metus reverentialis auch die actio doli aus?
8) Inwiefern unterliegt die actio doli einer verschiedenen Verjährungszeit?

Zu 1) Das Verhältniß zwischen der actio doli und der Restitution ex capite doli ist folgendermaßen zu bestimmen. Bekanntlich ging die actio doli nie gegen einen Dritten, ist nun aber der Betrüger zahlungsunfähig, so kann der Betrogene, um nicht mit seiner persönlichen Klage gegen den Betrüger im Concurs durchzufallen, Restitution wegen Betrugs und dadurch eine in rem actio erlangen; s. v. Savigny System Bd. VII. S. 201 rc. Im Fall einer schädlichen Antretung oder Ausschlagung einer Erbschaft, wozu man durch Betrug verleitet wurde, kann wegen der unbestimmten Wirkung der betreffenden Handlungen auf viele fremde Handlungen und Personen, die nur gegen den Betrüger zulässige actio und exceptio doli nicht ausreichend seyn, es ist aber, indem diese in l. 9. §. 1. l. 40. D. 4. 3. gebeten wird, die desfalls vortheilhaftere restitutio ex capite doli nicht ausgeschlossen; s. v. Savigny a. a. O. — In manchen Fällen, besonders wegen Nachtheilen, welche im Proceß widerfahren sind, wird, weil die actio doli entehrend war, der Restitution von den Gesetzen der Vorzug gegeben; l. 1. §. 6. D. 4. 3. — l. 7. §. 1. D. 4. 1. — l. 33. D. 42. 1.

Wenn der Betrug nicht von dem andern Contrahenten, sondern von einem Dritten verübt worden ist, so kann zuweilen die Restitutionssuchung ganz wesentlich zum Zweck führen; z. B. wenn ein Dritter mich in böswilliger Absicht verhindert, vor Gericht zu erscheinen, wodurch ich der Klagenverjährung unterliege, dieser Dritte aber, gegen welchen ich eine actio in factum hätte, zahlungsunfähig ist, so kann mir nur durch die Restitution gegen den unschuldigen Gegner geholfen werden, l. 3. §. 1. D. 2. 10. Wenn Jemand zur Hälfte ein Erbrecht erwirbt, dann als Erbe verklagt wird, und auf die interrogatio in jure, zu welchem Theil er Erbe sey, wider besseres Wissen erklärt, er sey der einzige Erbe, so trifft ihn zur Strafe der Nachtheil, daß er im Fall der Verurtheilung für die ganze Schuld haften muß. Ist er nun aber zahlungsunfähig, so erhält der Kläger Restitution (wegen Betrugs eines Dritten), um gegen den Miterben, welcher außerdem auf seine Kosten bereichert würde, auf die Hälfte der Schuld klagen zu können; l. 18. D. 11. 3.

Demnach wird man wohl mit v. Savigny a. a. O. der Meinung Einiger, daß eine Restitution wegen Betrugs durch die actio

und exceptio doli überflüssig geworden, s. Göschen Vorlesungen I. S. 569., daher im heutigen Recht völlig verschwunden sey, weil der im römischen Recht daraus, daß die act. doli eine actio famosa war, abzuleitende Unterschied h. z. T. weggefallen ist, s. Puchta Pand. §. 100. not. c. und §. 102., entgegen treten müssen. Vgl. Glück Thl. IV. S. 281.

Zu 2) Nach den Rechtsquellen erscheint die exc. doli als eine exc. in rem ex persona ejus, qui exceptionem objicit, l. 2. §. 2. D. 44. 4., sie steht nämlich nicht nur demjenigen zu, gegen den der dolus verübt worden, sondern auch jedem Dritten, der in Beziehung auf das in Frage stehende Rechtsverhältniß darunter leiden soll, daß auf Herstellung dieses Verhältnisses ein dolus eingewirkt hat. Sie ist aber nicht, wie die exc. metus eine exc. in rem ex persona ejus, cui objicitur, denn nur demjenigen darf sie entgegengestellt werden, welcher den dolus als ausgegangen von ihm verschuldet, oder in Folge besonderer Beziehungen den dolus auch als factum eines Dritten zu vertreten hat. Der von Kritz in der Sammlung v. Rechtsfällen Bd. V. S. 1. aufgestellten Conjectur, daß die exc. metus ursprünglich in der exc. doli begriffen war, und deshalb h. z. T. beide Exceptionen in gleicher Ausdehnung behandelt werden müßten, l. 33. §. 4. D. 44. 4., um eine Incongruenz zu vermeiden, begegnet Heimbach a. a. O. S. 324. Wohl aber geht die exceptio und replica doli auch gegen den dritten Erwerber der dolos entzogenen Sache, wenn dieser sie entweder auf lucrative Weise erworben hatte, oder bei onerosem Erwerb in mala fide war; l. 4. §. 27—32. D. 44. 4, Mackeldey a. a. O. §. 749, Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 1000. — Die exc. doli kann übrigens, wenn der Stellvertreter den dolus beging, auch gegen den Principal gebraucht werden; l. 6. D 44. 1. — l. 4. §. 18—23. 25. 28. 29. 31. D. 44. 4, v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. S. 433.

Zu 3) Ja; die Wohlthat der Theilung fällt hier weg; Glück a. a. O. S. 522. l. 17. pr. D. 4. 3. —

Zu 4) Auf beides; l. 78. D. de R. J.

Zu 5) Ja; l. 18. pr. D. 4. 3. —

Zu 6) Nach R. R. insoweit er durch den Betrug seines Erblassers reicher geworden ist, l. 17. §. 1. l. 26. D. 4. 3. — oder dolos verhindert hat, daß aus dem Betrug des Verstorbenen nichts auf ihn gekommen ist, l. 28. D. ib., jetzt nach canonischem Recht, so weit die Erbschaft reicht.

Zu 7) Ja; dagegen wird aber eine act. in factum gewährt.

Zu 8) Sie verjährt in 2 Jahren, wenn sie schlechthin auf Rescission des Geschäfts und Verurtheilung des Beklagten in den Schadenersatz — wenn er auch dadurch nicht reicher geworden wäre, gerichtet ist, wird aber blos, insoweit der Beklagte durch den Betrug bereichert ist, auf Schadenersatz geklagt, so hat die actio in factum statt, welche 30 Jahre dauert; l. 28. in f. D. 4. 3.

---

§. 24.

4. Restitution wegen Minderjährigkeit.

1) Wird der Ablauf der Minderjährigkeit nach der Natural- oder Civilcomputation berechnet? —

1a) Was wird nächst der Minderjährigkeit zur Ertheilung dieser Restitution erfordert?

2) Kommt diese Rechtswohlthat auch den Erben und Cessionarien zu Statten?*)

3) Auch dritten Betheiligten?

4) Findet sie auch gegen den dritten Besitzer der Sache statt?

5) Was gilt in Collisionsfällen z. B. zwischen zwei Minderjährigen, oder mit dem Scto Macedoniano oder Vellejano?

6) Steht die venia aetatis der Großjährigkeit gleich?

7) In welchen Fällen findet die restitutio minoris nicht statt?

8) Findet gegen ein Eheverlöbniß Restitution statt und unter welchen Voraussetzungen?

9) Wie lange dauert die restitutio minorum?

10) Welche Wirkung hat dieselbe?

11) Kann der Minderjährige die Restitution gegen ein ihm nachtheiliges Geschäft ohne weiteres oder erst nach Ausklagung des Vormunds erlangen?

12) Kommt dem Minderjährigen die Restitution blos wegen erlittenen Schadens oder auch wegen versäumten Gewinns zu Statten?

13) Welchen moralischen Personen ist dieses Privilegium analog durch Gesetze und Gebrauch dahin ertheilt worden, daß sie den Minderjährigen gleich geachtet werden?

14) Wie wird das quadriennium restit. im Fall erlangter venia aetatis berechnet?

---

*) Inwiefern auch den Bürgen? ist bereits oben in §. 21. zu Frage 3a) bemerkt.

15) Berechtigt die Minderjährigkeit des Mandatars zur Restitution gegen ein durch diesen vollzogenes nachtheiliges Geschäft?
16) Findet die Restitution bei der negot. gestio eines Minderjährigen statt?
17) Kann der Minderjährige gegen den nach obrigkeitlichem Veräußerungs-Decret erfolgten Zuschlag eines subhastirten Guts Restitution erlangen, wenn nachher ein bedeutendes Mehrgebot erfolgt ist?

Zu 1) Die Zeit der Minderjährigkeit wird bis zum letzten Augenblick des 25. Jahres continuo berechnet. Ueber den Anfangspunkt des Quadrienii s. zur Frage 9.

Zu 1 a) Vorausgesetzt, daß der Vormund für den minor, oder der minor mit Autorität des Vormunds handelte (denn außerdem macht die Richtigkeit des Geschäfts eine Restitution überflüssig), wird immer erfordert, daß der Nachtheil den Minderjährigen selbst, also nicht durch ihn einen Dritten betroffen habe, l. 3. §. 4—11. l. 4. l. 5. l. 23. l. 24. pr. l. 38. §. 1. D. 4. 4. — l. 13. §. 1. D. 4. 6. — und daß dieser Nachtheil in irgend einer Beziehung zur Jugend und Unerfahrenheit des Verletzten stehe, l. 7. §. 8. l. 11. §. 3—5. l. 24. §. 1. D. 4. 4. Der Nachtheil darf also nicht von der Art seyn, daß er in gleicher Lage auch jeden Volljährigen getroffen haben würde, wie z. B. der Fall dann ist, wenn das Nachtheilige mit der Anwendung gewöhnlicher Rechtsgrundsätze verbunden ist (si minor jure communi usus est), ohne daß seine Jugend dabei den geringsten Einfluß hatte, oder in zufälligen Ereignissen seinen Grund hat, wodurch ein an sich nicht nachtheiliges Geschäft erst hinterher nachtheilig geworden ist, l. 51. §. 4. D. 46. 1. — l. 9. C. 2. 22. — l. 46. D. 4. 4. — l. 2. C. 2. 29. — l. 7. §. 8. in f. l. 11. §. 4. u. 5. D. 4. 4. — was jedoch dann nicht gesagt werden könnte, wenn das Verletzende des Geschäfts darin besteht, daß dasselbe einen Gegenstand hat, welcher sehr dem Zufall ausgesetzt ist, wie der Antritt einer Erbschaft, deren Capitalien sehr unsicher stehen, oder die viele leicht verderbende Sachen enthält, oder der Kauf einer auf irgend eine Weise äußerst gefährdenden Sache. Die Gefahr muß also schon zur Zeit des Geschäfts vorhanden gewesen seyn; Zufälle, die einen späteren Grund haben, werden nicht berücksichtigt, l. 11. §. 4. u. 5. D. 4. 4. Diese Einschränkung fanden die Gesetzgeber nöthig, weil eine Schrankenlosigkeit der Restitution den Minderjährigen dadurch sogar zum Nach-

theil gereichen konnte, daß Niemand mit ihnen zu contrahiren geneigt geblieben wäre, l. 24. §. 1. D. 4. 4. — l. 11. §. 3. D. eod. — l. 9. §. 4. D. 12. 2. Sciendum est autem, non passim minoribus subveniri, sed causa cognita, si capti esse proponantur. Zwar scheint zuweilen doch auch ein zufälliger Verlust der Zulässigkeit der Restitution nicht entgegenzustehen. Denn da der Minor gegen Verbindlichkeiten aus Verträgen allemal restituirt wird, sofern keine versio in rem stattgefunden hat, z. B. sogar wenn er das, was er in Folge eines eingegangenen Geschäfts von dem Andern erhielt, durch eigene Schuld verloren und sich auf diese Weise selbst durch Verschleuderung der empfangenen Gegenstände um den beabsichtigten Nutzen des Geschäfts gebracht hat, l. 11. §. 6. l. 24. §. 4. l. 27. §. 1. l. 34. pr. D. 4. 4. — l. 32. §. 4. D. 26. 7. — l. 95. §. 3. D. 46. 3. — l. 1. 2. C. 2. 38., si minor dissipavit vel consumsit vel perdidit pecuniam, so könnte man geneigt seyn, auch jedem zufälligen Verlust, welcher die versio in rem verhinderte, gleiche Wirkung beizulegen; allein das Gesetz hat doch immer nur die in der imbecillitas aetatis liegenden Ursachen im Auge, daher auch der Praktiker nicht weiter gehen kann; s. Burchardi a. a. O. S. 113; dagegen Dabelow Erweis, daß ein nicht durch ein unternommenes Geschäft selbst, sondern durch einen dasselbe begleitenden bloßen Zufall verletzter Minderjähriger nicht in allen Fällen von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auszuschließen sey. Halle 1791. Ohne Einfluß ist es, ob der Vormund bona fide gehandelt, oder ob die Obrigkeit es genehmigt hat, l. 11. C. 5. 71.; daß der minor gegen eine ihm nachtheilige Arrogation, mithin auch gegen den arrogirenden Vater restituirt werden könne, geht hervor aus l. 3. §. 6. D. 4. 4. Burchardi a. a. O. S. 72.

Zu 2) Ja, und schadet nichts, daß die Erben selbst volljährig sind, l. 18. §. 5. l. 24. pr. D. 4. 4.

Zu 3) Einem Dritten kommt die Restitution des Minderjährigen nur in einer juristisch oder physisch unheilbaren Sache zu Statten; arg. l. 10. pr. D. 8. 6. — l. 72. pr. D. 45. 1. — l. 23. u. 24. D. 4. 4.

Zu 4) Gegen den Dritten (rest. in rem) nur ausnahmsweise, wenn der Gegner nicht solvent ist, oder der Dritte wußte, daß die Sache von dem Minderjährigen herkomme, l. 9. pr. l. 13. §. 1. l. 14. l. 15. l. 39. §. 1. D. 4. 4., auch wenn der minor ein gegründetes Interesse hat, den in die Hände eines Dritten gekommenen Gegenstand in natura wieder zu erlangen, l. 9. pr. l. 35. D. 4. 4.

Zu 5) Im Collisionsfall mit einer andern Rechtswohlthat, wie z. B. in dem Falle, wenn ein Minderjähriger einem filiusfamilias Geld liehe, dieser sich der Rückforderungsklage des minor gegenüber auf das Sct. Macedonianum beruft, während der minor gegen die Eingehung des Darlehnsgeschäfts Restitution nachsucht, hat die Restitution regelmäßig den Vorzug, l. 11. §. 7. l. 34. pr. D. 4. 4. — l. 9. pr. D. 22. 6. — l. 1. 2. C. 2. 37., nur beim Zusammentreffen mit dem Sct. Vellej. geht die Restitution blos in dem Falle vor, wenn der minor von dem Hauptschuldner keine Befriedigung erlangen konnte; l. 12. D. 4. 4.

Haben zwei Minderjährige ein den Einen oder Andern von ihnen verletzendes Geschäft abgeschlossen, und würde der Eine von ihnen Verlust erleiden, je nachdem gegen das Geschäft Restitution ertheilt würde, oder nicht, so entscheidet der Grundsatz: in pari causa possessor melior habetur, und es wird demgemäß die Restitution versagt, z. B. wenn ein Minderjähriger einem andern Minderjährigen Geld geliehen, der Schuldner dasselbe verloren hat, und der Gläubiger gegen das mutuum Restitution nachsuchte, l. 11. §. 6. D. 4. 4. Würde dagegen durch die Restitution nur der eine Theil Nachtheil haben, während der andere einen Gewinn machte, wenn das Geschäft nicht aufgehoben würde, so genießt die Restitution des Ersteren den Vorzug; l. 34. pr. D. 4, 4., vergl. mit l. 11. §. 7. eod. — l. 9. pr. D. 22. 6.

Zu 6) Allerdings. Der Minderjährige kann sich zwar auch gegen die erlangte venia aetatis restituiren lassen, weil ja dieser Act noch in die Periode seiner Minderjährigkeit gefallen ist, aber diese wirkt nicht auf ein während der venia aetatis geschlossenes Geschäft zurück; l. 1. C. 2. 45. — l. 5. pr. l. ult. C. 2. 53. cf. l. 3. §. 3. D. 4. 4. Eine Ausnahme machte indeß die Veräußerung von Grundstücken, weil in Ansehung deren die Minderjährigkeit auch nach der venia aetatis als fortdauernd betrachtet wurde; l. 2. l. 3. C. 2. 45., v. Vangerow l. S. 360. der VI. Aufl.

Zu 7) Das Privilegium des Minderjährigen fällt weg:

a) im Fall eines dolus; z. B. wenn er sich für volljährig ausgab, l. 32. 43. D. 4. 4. — l. 1. 2. 3. C. 2. 43. und nicht blos im Irrthum über sein Alter war; s. l. 3. C. 2. 43. Hat er aber seine durch Unwissenheit oder Irrthum gemachte falsche Altersangabe durch einen körperlichen Eid bekräftigt, so ist die Restitution ausgeschlossen, dagegen ein schriftlicher Eid durch Urkunden-, obwohl nicht Zeugen-Beweis beseitigt werden kann; l. 3. C. 2. 43. Burchardi a. a. O. S. 245.

Auch gegen die Folgen unerlaubter Handlungen wird der minor, wenn er gleich dann, wenn sie blos aus Nachlässigkeit und Unbesonnenheit begangen worden sind, der Restitution theilhaftig ist, Burchardi a. a. O. S. 100. u. S. 232. dennoch in dem Fall, wenn er dolos verfuhr, nicht restituirt; l. 9. §. 2. 3. l. 32. §. 1. D. 4. 4. — l. 16. §. 9. D. 39. 4. — l. 36. l. 38. §. 7. D. 48. 5. — l. 1. 2. C. 2. 38. l. 4. C. 5. 5.

b) wenn der Minderjährige vom Staat zur Ausübung einer Wissenschaft, Kunst oder sonstigen Gewerbes autorisirt und bei dessen Betrieb verletzt worden ist. Die Ausdehnung auf Doctoren der Rechte, s. Glück a. a. O. V. S. 548. verwirft Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. IX. S. 335. und Burchardi in der Lehre der Wiedereinsetzung in den vor. Stand S. 223. in ihrer Allgemeinheit; wegen vorgeblichen Rechtsirrthums könnte freilich dem minderjährigen Doctor der Rechte keine Restitution zustehen, allein der Restitution der Minderjährigen liegt ja nicht Rechtsunkunde, sondern andere Mängel der Jugend liegen ihr zu Grunde. Es muß also möglich seyn, auch bei solchen die eingetretene Läsion auf die inconsulta facilitas juventutis zurückzuführen. Uebereinstimmend hiermit ist Sintenis im Civilr. Bd. I. S. 370. not. 63.

Daß der Betrieb einer Ackerwirthschaft von dem benef. rest. minor. nicht ausschließe, wurde mit Recht von dem O.=A.=G. in Cassel angenommen, s. Strippelmann Entsch. I. S. 311; denn hier tritt der bei concessionirten Gewerben obwaltende Grund einer stillschweigend ertheilten venia aetatis nicht ein.

c) wenn der minor das verletzende Geschäft nach erlangter Mündigkeit eidlich bestärkt hat, s. Auth. sacramenta impuberum C. 2. 28., welche sich ausführlicher in L. F. II. 53. §. 3. findet. — Dagegen kann nicht eingewendet werden, daß ja c. 7. X. de pign. 3. 21. — die Restitution auch gegen eine beschworene lex commissoria zulasse, wenn man unverschuldet an der rechtzeitigen Befriedigung des Gläubigers verhindert war; denn dies ist nicht eine Restitution gegen das beschworene Geschäft, sondern gegen das spätere factum ommissionis. Ob übrigens ein blos schriftlicher Eid des eidesmündigen Minorennen dieselbe Wirkung habe, wie ein actu corporali abgelegter Eid, ist streitig; s. Glück Thl. V. §. 458. Nr. 6.

d) wenn er nach erreichter Volljährigkeit das Geschäft ausdrücklich oder stillschweigend, z. B. durch Abschlagszahlung, Uebergabe der verkauften Sache u. dergl. genehmigt hat; l. 1. 2. C. 2. 46. arg. l. 7. §. 16. D. 14. 6.

e) wenn er gegen die von seinem Vater für ihn geschehene Annahme oder Ausschlagung einer ihm deferirten Erbschaft oder Vermächtnisses sich hat restituiren lassen und nachher dagegen wieder restituirt seyn will; l. 8. §. 6. C. 6. 61. vergl. mit l. 7. §. 9. D. 4. 4.

f) wenn er mit Genehmigung seines Vaters ein Gelddarlehn aufgenommen hat, so daß ihn auch das Sct. Maced. nicht schützt; l. 3. §. 4. D. 4. 4. — l. 2. C. 2. 23. Vergl. v. Vangerow I. S. 359. der VI. Aufl.

g) Wenn der Schuldner des minor dem Vormund in Gemäßheit eines obrigkeitlichen Decrets Zahlung geleistet hat und das Geld zu Grunde gegangen ist, §. 2. J. 2. 8. — l. 7. §. 2. D. 4. 4. — l. 25. C. 5. 37. zuweilen auch dann, wenn ohne obrigkeitliches Decret Zahlung an den Vormund geleistet worden ist, wie Zinsen, Miethgelder u. dergl. regelmäßige Leistungen, sowie bei der Erfüllung eines Fideicommisses, l. 25. C. 5. 37. — l. 7. pr. C. 6. 49. — l. 13. C. 3. 1. Heimbach a. a. O. S. 335.

h) Wenn ein bereits 18jähriger minor den, zu dessen Erbschaft er als Erbe berufen ist, aus feindlicher Gefangenschaft zu befreien unterläßt; Nov. 115. c. 3. §. 3., Buchholz Versuche Nr. 20.

i) Wenn ein minderjähriger Mann seiner Ehefrau eine donatio propter nuptias gemacht hat, l. 1. C. 2. 30.

k) Gegen die Ausschlagung einer Erbschaft wird er dann nicht mehr restituirt, wenn sie hernach von einem Käufer derselben mit Mühe flüssig gemacht worden ist, l. 24. §. 2. D. 4. 4.

l) Gegen ein von dem großjährigen Erblasser bereits abgeschlossenes Geschäft kann zwar der minor nicht restituirt werden, wohl aber, wenn er das von Jenem angefangene Geschäft fortsetzte, und ihm durch seine eigenen Handlungen eine Verletzung zugestoßen ist, l. 38. pr. D. 4. 4. — l. 2. C. 2. 29. — l. 7. C. 2. 51.

m) Wenn er das nachtheilige Geschäft in der Minderjährigkeit angefangen, aber in der Volljährigkeit erst vollendet hat, so kann er nur insofern Restitution erlangen, als die Verletzung

schon durch das während der Minderjährigkeit Geschehene begründet war, und die nachherige Vollendung nicht in der bestimmten Absicht, auf die Restitution zu verzichten, erfolgt ist, l. 3. §. 1. 2. D. 4. 4.

n) Daß gegen Entsagung der Inofficiositätsklage keine Restitution gegeben werde, wie Mehrere aus l. 1. C. 2. 22. hergeleitet haben, ist nicht begründet, s. v. Vangerow Pand. I. S. 360. der VI. Aufl., Burchardi a. a. O. S. 252., Heimbach a. a. O. S. 336. not. 358. Gegen Verjährung der Inofficiositätsklage wird sie nur ex magna et justa causa gegeben, l. 8. §. 17. D. 5. 2.

o) Die Frage: ob gegen Verjährung den Minderjährigen die Restitution anzugedeihen sey, ist zwar bestritten, aber in neuerer Zeit wohl zu verlässiger Entscheidung gebracht. Unmündige bedürfen derselben nicht, weil ihnen überhaupt keine Verjährung läuft, und eben so wenig Minderjährige gegen eine Verjährungszeit unter 30 Jahren, aus dem nämlichen Grund. Gegen die 30jährige Verjährung aber können auch Minderjährige nicht auf Restitution Anspruch machen, s. v. Savigny System Bd. III. S. 421., Puchta Vorlesungen S. 215. §. 102. S. 221. §. 107., Unterholzner Verjährung §. 136. 137., Sintenis Civilr. §. 31. Anm. 64. §. 36. S. 361. u. S. 381. Anm. 99. Nur pupillaris aetas ist in l. 3. C. 7. 39. ausgenommen. Die entgegengesetzte Meinung von Voet. Comm. II. 4. §. 29., Burchardi a. a. O. S. 136. und v. Vangerow Pand. I. S. 344. Nr. 12. bleibt immerhin sehr zweifelhaft.

p) Wenn einem Unmündigen ein Universal-Fideicommiß hinterlassen und dieses, wenn er noch Kind oder abwesend war, dem Vormund allein ausgeantwortet worden ist, so soll kein Einwand, mithin auch keine Restitution dagegen stattfinden, l. 7. C. 6. 49.

q) Gegen einen Vergleich zwischen Brüdern über ein Fideicommiß, welches ihnen der Vater gegenseitig auf den Fall, wenn der Eine von ihnen ohne Kinder versterben würde, auferlegt hat, wird keine Restitution gewährt, l. 11. C. 2. 4.

Zu 8) Daß gegen eine geschlossene Ehe die Restitution nicht stattfinde, ist bekannt; wenn aber Mackeldey im Lehrb. Bd. II. §. 751. sie auch gegen ein Eheverlöbniß ausschließen will, so ist dagegen zu bemerken, daß das von ihm dafür angeführte Kap. 9. X. 4. 2., indem es einen Zwang zur Erfüllung desselben gegen die majo-

renitati proximi statuirt, die Möglichkeit von Restitutionsgründen durchaus nicht ausschließt. Die gemeine Meinung divergirt nur darüber, ob der Restitutionssucher eines besondern Beweises darüber bedürfe, daß ihm das geschlossene Ehegelöbniß nachtheilig sey, wie Bülow und Hagemann in den pr. Erörterungen Bd. IV. S. 341. behaupten, allein bei der eigenthümlichen Natur des Instituts und bei der durch die römischen Gesetze gebotenen Ausschließung jedes Zwanges zur Ehe wird man der entgegengesetzten Meinung, s. Glück Thl. VI. S. 15., Boehmer J. E. Pr. T. III. Lib. IV. §. 88., Walch Jus controv. pag. 42. §. V. beipflichten müssen, welche auch in den preußischen Gerichten angenommen ist, s. Klein's Annalen Bd. XII. S. 32., Seuffert's Archiv IX. Nr. 39. Vorausgesetzt wird indessen, daß der Verlobte die Braut nicht bereits geschwängert habe.

Zu 9) Vier Jahre, von erlangter Volljährigkeit an gerechnet, l. 7. C. 2. 53., jedoch ausnahmsweise werden dem minderjährigen, die väterliche Erbschaft ausschlagenden suus heres noch 3 Jahre zu dem Quadriennio zugerechnet, l. 6. C. 6. 31. Angesehene Autoritäten wollen zwar allgemein den Anfang der Restitutionsfrist erst a die cognitae laesionis rechnen, quia qui nescit, is videtur experiundi potestatem non habere, l. 6. D. de calumniator, s. Glück Thl. V. S. 442. Bd. VI. S. 25., Schmidt hinterlassene Abhandl. Thl. II. S. 8. Voet Comm. IV. 1. §. 19., Unterholzner a. a. O. §. 153., Vermehren im civilist. Archiv Bd. X. no. 18. vorzüglich nach canonischem Recht und entschiedener Praxis v. Vangerow Pand. I. S. 352. der VI. Aufl. Nr. 2., v. Wening-Ingenheim Lehrb. §. 554., während Ersterem andere Rechtsgelehrte deswegen kein entscheidendes Gewicht geben, weil das c. 1. u. 2. de rest. in VIto (1. 21.) blos auf Kirchen und milde Stiftungen sich bezieht, und wieder Andere, weil solches, sowie Clem. un. de rest. (1. 11.) nur auf einem Mißverstand des römischen Rechts beruhe, s. Burchardi a. a. O. S. 524.

Aller Grund zum Streit zwischen den Anhängern der Theorie, s. Sintenis Civilr. I. S. 384, Puchta Vorlesungen §. 103., Seuffert Lehrb. d. Pand. R. Bd. III. §. 667., Unterholzner Verjährungslehre Bd. II. §. 153. u. A. und der Praxis*) scheint indeß zu verschwinden, wenn man der Theorie gemäß annimmt, die Verjährung beginne unmittelbar ex quo vicesimi sexti anni dies illuxit,

---

*) Von derselben ist gleichwohl das O.-A.-G. in Wiesbaden abgewichen, s. Flach Entscheidungen Thl. 1. S. 106.

nach l. 2. C. Th. de integri rest. (2. 16.) l. 7. C. 2. 53. aber mit Uebergehung aller der Zeiträume, in welchen die experiundi potestas fehlte, gleichviel ob diese Zeiträume früher oder später eintreten, wie l. 2. pr. D. 38. 15. lehrt, s. Burchardi a. a. O. S. 520.

Stirbt derjenige, welcher rest. ob. minorennitatem hätte nachsuchen können, so kommt die ihm zur unterlassenen Nachsuchung noch übrig gebliebene Frist seinen Erben zu Statten, und nimmt beim volljährigen Erben von Antretung der Erbschaft, beim minderjährigen Erben aber erst von dessen Volljährigkeit an ihren Anfang, l. 18. §. 5. l. 19. D. 4. 4. — l. 5. l. 7. C. 2. 53. Bei moralischen Personen kann die Verjährung nur a die cognitae laesionis beginnen.*)

Zu 10) Der minor erhält zurück, was er verlor, und braucht nur dasjenige herauszugeben, wodurch er sich zur Zeit der Litiscontestation noch reicher befindet, l. 27. §. 1. l. 47. §. 1. D. 4. 4.

Wie der Anfang der Volljährigkeit bei demjenigen zu rechnen sey, welcher an einem Schalttag geboren ist, bestimmt l. 3. §. 3. D. 4. 4.

Zu 11) Er braucht den Vormund nicht erst anzuklagen, l. 16. pr. §. 1. u. 3. D. 4. 4. — Eine Ausnahme statuirt jedoch l. 13. §. 11. C. 3. 1. in dem Fall, wenn ein Proceß wegen dreijähriger Verzögerung verloren ging. Da soll zuerst der solvente Vormund ausgeklagt, und erst in subsidium Restitution ertheilt werden, desgleichen soll, wenn nicht der Vormund selbst, sondern ein Procurator für den Minderjährigen handelte, solcher zuerst ausgeklagt werden, und nur wenn er insolvent ist, Restitution stattfinden, l. 23. D. 4. 4. — cf. Martin Lehrbuch des bürgerl. Processes §. 80.

Zu 12) In beiden Fällen; l. 7. §. 6. l. 8. l. 11. pr. l. 35. l. 44. D. 4. 4. — l. 17. §. 3. D. 22. 1. — l. 1. l. 2. C. 2. 40. l. 8. §. 6. C. 6. 61. — l. 27. D. 4. 6. —

Zu 13) Den Städten, Kirchen und milden Stiftungen und zwar ohne Rücksicht, ob die Verletzung etwa selbst wieder von einer Kirche oder Stiftung herrührt, c. 3. u. 5. X. de rest. in integr. in VIto. (1. 21.) Gemeinheiten, nicht aber bloßen Corporationen, auch werden gegen die auf die Wahnsinnigen, Verschwender und andere unter Curatel befindlichen Personen gezogene Analogie, s. Glück Thl. V. §: 465.,

---

*) Einer extremen Entscheidung in Richter's Aufsätzen über verschiedene Rechtsfragen, gezogen aus Civil-Rechtssprüchen im K. Würtemberg no. XXV., nach welcher die Restitution des Fiscus, weil er nie volljährig werde, keinen Anfang und kein Ende haben soll, wird wohl Niemand beipflichten.

noch Zweifel erhoben, weil die Minderjährigen das beneficium schon hatten, ehe Marc. Aurel. die Curatel als Regel für sie angeordnet hat, mithin jenes beneficium nicht um des Curatelverhältnisses willen ertheilt worden ist, s. Burchardi a. a. O. S. 260., und selbst in Ansehung des fiscus ist die Restitution nicht durch die Gesetze, sondern nur durch die Praxis zu rechtfertigen, Burchardi a. a. O. S. 262., v. Wening-Ingenheim Thl. III. S. 430. §. 556., Glück Thl. VI. §. 465., [Sintenis pr. gem. Civilr. I. §. 36. S. 373. der II. Aufl. Ueber Restitution des Fiskus s. Seuffert's Archiv XIV. Nr. 191.]

Die Frage: ob das nach den Gesetzen auf die Communen, civitates, republicae ausgedehnte Minderjährigkeitsprivileg auf Städte zu beschränken, oder auch Landgemeinden gleiche Restitutionswohlthat ansprechen können, wird häufig zum Nachtheil der Letzteren entschieden; s. d. Erkenntniß des O.-A.-G. in Cassel in Strippelmann's Sammlung Thl. III. Abth. II. S. 150., zu Gunsten der Letzteren aber dürfte aus folgendem Grund zu entscheiden seyn. Den Römern war die Ausbildung unserer Gemeindeverfassung unbekannt; denn eigentliche Dörfer hat die römische Verfassung nicht gekannt, cf. l. 30. D. 50. 1. — Da aber jetzt die Municipalverfassung auf Dörfer ausgedehnt ist, und diese eigene Gemeinden bilden, so muß ihnen auch als solchen die Restitution der Minderjährigen, wie früher den Städten zugestanden werden. Für diese Meinung bezeugt die Würtembergische Praxis Richter a. a. O. S. 210. mit Beziehung auf Consilia Tubing. T. I. cons. 17. no. 25. Malblanc principia §. 115. Uebereinstimmend ist Burchardi Wiedereinsetzung in den vorigen Stand S. 261., v. Savigny System Bd. VII. S. 160., Reinhardt zu Glück Bd II. S. 219. Gewerkschaften und Actienvereinen ist dieselbe abzusprechen; s. Seuffert's Archiv Bd. VI. H. 2. S. 175.

Zu 14) Es beginnt von der Insinuation des Majorennitäts-Rescripts und dauert, wenn die 4 Jahre von da an schon abgelaufen wären, bevor die gesetzliche Zeit der Minderjährigkeit vollendet ist, noch fort bis zur gesetzlichen Volljährigkeit; l. 5. C. 2. 53. — l. 19. D. 4. 4. — Glück Thl. VI. §. 463. [Seuffert's Archiv VIII. Nr. 10. u. Keil i. d. Zeitschr. f. Civilr. N. F. Bd. XXXVIII. S. 379. ff.]

Zu 15) Weder ihn, noch seinen Mandanten, weil in keinem Fall der Schade den Minderjährigen trifft; l. 23. l. 3. §. 11. l. 4. D. 4. 4.

Zu 16) Wenn ein Minderjähriger sich freiwillig in die Geschäfte eines Volljährigen eingelassen hat, so wird er dagegen restituirt, weil hier der Minderjährige haftet, wenn er Schaden angerichtet hat: der

dominus negotii kann ihn sogar nöthigen, ihm seinen Restitutions-Anspruch zu cediren, l. 24. pr. D. 4. 4.

Dagegen, wenn ein Großjähriger für den Minderjährigen negotia gerirt hat; so kann weder der Minderjährige selbst, noch sein negotiorum gestor Restitution erlangen, und der Minderjährige kann, wie der Majorenne, welcher eben so gut in diesen Fall gerathen kann, nur Entschädigung von dem negotiorum gestor verlangen; l. 46. D. 4. 4. — Dies stände auch zu behaupten, wenn der Mandatar des Minorennen praeter vel contra mandatum gehandelt hat; denn auch da läge der Nachtheil nicht in lubrico aetatis und könnte dem Majorennen ebenso begegnen, nur dann kann der Minorenne Restitution suchen, wenn der Mandatar wirklich ex mandato handelte, mithin der Nachtheil aus der Handlung des Minorennen selbst entsprang; l. 23. D. 4. 4. — l. 11. §. 1. D. 14. 3. — l. 13. §. 11. C. 3. 1. — Burchardi a. a. O. S. 227. ꝛc.

Zu 17) Die bejahende Meinung vertheidigen: v. Bülow und Hagemann in den prakt. Erörterungen Bd. IV. S. 234., Gebr. Overbeck in den Meditt. Nr. 73., indem der Umstand, daß die Subhastation ganz nach den gesetzlichen Vorschriften vor sich gegangen ist, der Restitution nicht entgegenstehen könne, weil es im entgegengesetzten Fall derselben gar nicht bedürfte.

---

§. 25.

5. Restitution wegen Abwesenheit und aus der allgemeinen Clausel des Prätors.

Da die restitutio ex capite erroris h. z. T. mit der ex clausula generali Praetoris in Eines zusammenfällt, vergl. Schweppe römisches Privatr. Thl. V. §. 997.,*) so ist sogleich auf die Fälle der Abwesenheit überzugehen, worunter aber, da die Entfernung von einem andern Orte, wodurch uns unvermerkt ein Nachtheil erwachsen konnte, auch nur unter die generelle Clausel zu subsumiren ist, nur

*) [Es ist allerdings üblich, bei Restitutionen wegen Irrthums sich auf die clausula generalis zu berufen (s. Francke Beiträge, S. 84. ff.), indeß gibt es nach Burchardi Lehrb. d. Röm. R. Thl. II. S. 199., v. Vangerow Bd. I. §. 186. a. E., v. Savigny System Bd. III. S. 331. u. Sintenis pr. gem. Civilr. Bd. I. §. 36. S. 375—380. der II. Aufl. wirklich eine (geringe) Anzahl von Fällen, welche quellenmäßig auf den error als Restitutionsgrund zu gründen sind. Dieselben beziehen sich sämmtlich auf den Proceß, welcher demgemäß als das Hauptgebiet dieser Restitution betrachtet wird.]

die Entfernung oder Abwesenheit vom Wohnort zu verstehen ist. Aus dieser können nachtheilige Folgen entspringen, und zwar aus der eigenen sowohl, als aus der Abwesenheit des Gegners.

1) Was ist hier unter Abwesenheit im weitern Sinn zu verstehen?
2) In welchen Fällen wirkt die persönliche Abwesenheit unbedingt die Restitution?
2a) In welchen Fällen ist sie zu versagen?
3) Wird diese Restitution sowohl wegen positiven Verlusts, als auch wegen entgangenen Gewinns ertheilt?
4) Wenn wegen Abwesenheit des Gegners die Verfolgung eines Rechts verhindert ward, und dieses dadurch verloren ging, findet dann ohne Unterschied Restitution statt?
5) Kann auch der Abwesende gegen den Abwesenden Restitution erlangen?
6) Wann beginnt bei der Restitution wegen Abwesenheit das quadriennium?
7) Welches Princip liegt der Restitution ex clausula Praetoris generali zum Grund, und welche Fälle werden insgemein darunter subsumirt? —

Zu 1) Nicht blos körperliche Entfernung vom Wohnort*), sondern auch absentia animi, Gefangenschaft und überhaupt jedes factische Hinderniß an Verfolgung seines Rechts, l. 124. §. 1. D. 50. 17. cf. l. 209. D. 50. 16. — l. 9. l. 10. l. 22. §. 2. l. 23. D. 4. 6., Schilling Lehrb. f. Instit. Bd. II. §. 131. — mithin auch obrigkeitliche Verweigerung oder Verzögerung der Rechtspflege, l. 26. §. 4. D. 4. 6. und l. 1. §. 1. D. eod. nach der Leseart: cui per magistratum sine dolo ipsius actio exemta esse dicetur; oder wenn sich der Gegner der Rechtsverfolgung wider ihn entzogen hat, . 1. §. 1. l. 21. pr. §. 1. l. 26. §. 1. l. 30. §. 1. l. 31. l. 46. D. 4. 6., s. Heimbach a. a. O. S. 346., Glück Thl. VI. S. 37., Sintenis pr. gem. Civilr. Bd. I. S. 381. ff. der II. Aufl.

*) Abwesenheit in öffentlichen Angelegenheiten, so weit sie nicht arglistig verzögert wurde, l. 4. D. 4. 6. oder aus gerechter Furcht, oder in Gefängniß oder in Gewalt der Feinde. Die generelle Clausel, welche diesem Edict angehängt ist, begreift aber überhaupt die Fälle unverschuldeter Versäumung l. 26. §. 9. eod.

Zu 2) Bei nothwendiger und auf keinem schändlichen Grund beruhender Abwesenheit, wobei es im Allgemeinen keinen Nachtheil bringt, daß man keinen Bevollmächtigten zurückgelassen hat, l. 26. §. 3. D. 4. 6. c. 2. X. 1. 41. und auch wenn man einen solchen bestellt hatte, aber mit oder ohne dessen Schuld ein Nachtheil eintrat, l. 26. §. 9. D. 4. 6. Ueber die dagegen aus l. 39. D. 4. 4. geschöpften Bedenken s. Heimbach a. a. O. S. 346., Burchardi a. a. O. S. 171., Cocceji Jus civ. controv. IV. 6. qu. 2. Reipublicae causa absentes, die keinen Procurator haben, bedürfen nicht einmal der Restitution, indem sie ipso jure geschützt sind, l. 54. pr. D. 42. 1. — l. 1. C. 2. 54. — l. 4. C. 2. 51.

Zu 2 a) Bei willkürlicher und zugleich tadelhafter Abwesenheit wird niemals restituirt; l. 14. D. 4. 6. Zweifelhaft ist es, ob auch derjenige, welcher ganz willkürlich, obgleich aus löblichen Gründen, verreist war, gegen einen ihm, während er keinen Bevollmächtigten zurückgelassen hatte, erwachsenen Nachtheil auf Restitution Anspruch habe? Ohne Einschränkung gestattet dieselbe l. 28. pr. D. 4. 6. si quis de causa probabili abfuerit, v. Savigny System Bd. VII. S. 174., und da das Löbliche und Probable einen so weiten Umfang hat, so möchten wir um so mehr dabei stehen bleiben, als ja auch bei der nothwendigen Abwesenheit, wie vorhin bemerkt, kein Zweifel darüber ist. Wir möchten daher in dem einen Fall so wenig als in dem andern nach Burchardi a. a. O. S. 167. und Steinberger in Weiske's Rechtslexikon Bd. IX. S. 349. mit der unterlassenen Aufstellung eines Bevollmächtigten die Folge verbinden, daß keine Restitution ertheilt werde, und keineswegs blos für den Fall eine Ausnahme statuiren, wenn ein solcher zwar aufgestellt war, aber ohne Wissen des Vollmachtgebers gestorben ist. Arglistige Verzögerung der Abwesenheit beraubt freilich der Restitutionswohlthat, selbst wenn sie ursprünglich in öffentlichen Angelegenheiten ihren Grund hatte. Außerdem ist die mildere Meinung vorherrschend und findet beispielsweise auch in der oben allegirten l. 26. §. 9. D. 4. 6. — s. auch l. 15. pr. D. 4. 6. — l. 26. §. 1. eod. ihre Stütze, welch' letztere Stelle selbst dem Verwiesenen die Restitution unangesehen, ob er einen Bevollmächtigten gestellt hat, oder nicht, gestattet. Vergl. Fritz Zeitschr. f. Civilr. N. F. Bd. XVII. S. 60. ff. Dem steht auch l. 20. pr. D. 4. 4. nicht entgegen; denn indem sie über die Frist zur Restitutions-Nachsuchung bestimmt, liegt darin von selbst die Zulässigkeit der Restitution. Ist ein Bevollmächtigter zwar bestellt gewesen, aber von ihm nichts zu erholen, oder kann dem Abwesenden keine

Schuld deshalb zugerechnet werden, daß er keinen Bevollmächtigten bestellt hat, so zweifelt ohnedies Niemand daran, daß ihm mit der Restitution zu Hülfe zu kommen sey, l. 16. l. 28. D. 4. 6. [Restitution wegen Abwesenheit wird nur gegen Verluste von Rechten, nicht gegen die Uebernahme von Schulden ertheilt. Fritz Zeitschr. f. Civilr. N. F. Bd. XVII. S. 42.]

Zu 3) In beiden Fällen, l. 17. pr. §. 1. l. 41. D. 4. 6.

Zu 4) Unbedingt und ungeachtet man bei Gericht oder vor einem Notar, oder drei Zeugen Protestation nach l. 2. C. 7. 40. einlegen konnte, wird nach der in Praxi angenommenen Meinung restituirt; s. Höpfner Instit.-Comm. §. 407. — Thibaut von Besitz und Verjährung §. 72., nur wird vorausgesetzt, daß der Abwesende keinen Geschäftsträger hinterlassen hatte; l. 1. l. 21. pr. §. 2. 3. l. 22. l. 39. D. 4. 6. [Vergl. auch Glück Comment. Thl. VI. S. 37. Anm. 41. Gegen Burchardi a. a. O. S. 181., welcher annimmt, daß der Richter die Restitution (wegen vernachlässigter Protestation gegen den Verjährungsablauf) zurückweisen dürfe, erklärt sich in Uebereinstimmung mit der Praxis auch Sintenis pr. gem. Civilr. §. 36. Anm. 115.]

Zu 5) Ja; l. ult. D. 4. 6., Glück Thl. VI. §. 469. in f.

Zu 6) Vom Tag der Rückkehr oder des Aufhörens des Hindernisses; c. 7. §. 1. C. 2. 53.

Zu 7) Das Princip, daß bei Versäumnissen, welche ohne eigene Nachlässigkeit entstanden sind, die Billigkeit dem strengern Recht vorzuziehen sey; l. 1. §. 1. in f. l. 26. §. 9. D. 4. 6. — liegt ohne Zweifel der clausula generalis zum Grund, sie ist daher auf äußere Umstände aller Art zu beziehen, welche eben so wohl als Abwesenheit eine Verfolgung des Rechts behindern; s. Kritz Rechtsfälle Bd. II. S. 202. §. 4. cf. l. 33. pr. D. 4. 6. — l. 7. pr. D. 4. 1. — l. 1. §. 9. D. 43. 19. — l. 35. D. 8. 3. — l. 3. pr. u. §. 1. D. 2. 10. — Demnach werden hieher gerechnet: Krankheit oder andere unvermeidliche Zufälle, welche mich oder die Meinigen betroffen haben; oder wenn ich durch die Schuld meines Anwalts im Proceß Nachtheil erlitten habe (s. Gem. Bescheid des Kammergerichts v. J. 1786). Bei der Restitution wegen Verschulden des Anwalts sind zwar Mehrere der Meinung, daß sie nur dann stattfinde, wenn vom Anwalt nicht der Ersatz des Schadens zu erholen ist, und beziehen sich auf c. 10. C. 2. 13., welche jedoch nur vom dolus des Anwalts spricht, die Praxis ist aber dem oben ausgesprochenen Princip der Billigkeit gemäß, s. Glück Thl. VI. §. 472. S. 48. 2c., welches auch neuere Gesetzgebungen angenommen haben. Das aus dem Proceßrecht her-

genommene Bedenken, daß man dem Gegner sein bereits erlangtes Recht nicht entziehen könne, beweist zu viel, weil es jede Restitution ausschlösse.*) Ferner wenn ich durch Handlungen des Richters selbst verhindert ward, mein Recht zu gehöriger Zeit zu verfolgen, z. B. durch verzögerte Ladungen oder Verweigerung der Rechtspflege, l. 1. §. 1. l. 26. §. 7. D. 4. 6., endlich auch entschuldbarer Irrthum, z. B. wenn ich eine erlassene Edictal-Ladung nicht kannte und deshalb präcludirt wurde, l. 2. l. 7. pr. D. 4. 1. oder wenn der Restitutionssucher zu denjenigen Personen gehört, welchen die Gesetze in Ansehung der Rechtsunkenntniß Nachsicht angedeihen lassen, insonderheit wenn man keinen Rechtsgelehrten zu Rathe ziehen konnte; Glück Thl. VI. S. 50. §. 472., Thibaut §. 28. [Ueber Restitution wegen rusticitas s. Seuffert's Archiv X. Nr. 268.] Daß für Majorenne wegen Irrthums bei Verträgen keine Restitution stattfinde, ist unzweifelhaft, s. Kritz a. a. O. S. 210., s. übrigens Schröter in der Zeitschrift f. Civilr. u. Proc. Bd. III. S. 113., Thibaut Versuche Bd. II. no. 4., Burchardi Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Nach speciellen gesetzlichen Bestimmungen kommt ferner die generalis clausula Praetoris in Anwendung zu Gunsten der Ehefrauen der Soldaten, die mit ihren Männern die Abwesenheit theilen, l. 2. C. 2. 52., der von Stadtgemeinden an den Kaiser oder zur Besorgung von Stadtgeschäften abgeordneten Personen (legati civitatum) l. 8. l. 26. §. 9. l. 35. §. 1. l. 42. D. 4. 6. — l. 1. C. 2. 54., der Procuratoren des Kaisers und der fiscalischen Anwälte, l. 33. pr. D. 4. 6. — l. 35. §. 2. eod. deren, welche ihren Wohnort zum Zweck wissenschaftlicher Ausbildung verlassen, l. 28. pr. D. eod. derjenigen, welche durch Vertrag versprochen und durch Bürgen versichert haben, einen bestimmten Ort außerhalb ihres Wohnsitzes nicht zu verlassen, l. 28. §. 1. eod. dessen, der zur Strafe an einen fremden Ort verbannt ist, l. 26. §. 1. l. 40. §. 1. eod., der neugebornen Kinder, welchen z. B. eine Erbschaft angefallen seyn kann, während sie noch keinen tutor hatten, l. 45. pr. eod., oder auch in dem Fall, da ein Abwesender zum Erben eingesetzt war und starb, ehe er von seiner Erbernennung in Kenntniß kam l. 86. D. 29. 2., ferner des Inhabers einer Servitut, der sie durch Nichtgebrauch verliert, weil eine Quelle zeitweise ausgetrocknet oder ein Weg durch Ueberschwemmung

*) Die Restitution muß aber diesfalls durch die Partei selbst oder durch einen neuen Anwalt gesucht werden, s. das in Emminghaus Corp. jur. Germ. R. A. S. 662. angeführte Präjudiz.

zeitweise unbrauchbar geworden ist; ebenso, wenn dadurch der possessorische Schutz einer solchen Servitut verloren geht, l. 34. §. 1. l. 35. D. 8. 3. — l. 14. pr. D. 8. 6. — l. 1. §. 9. D. 43. 19., des Testamentserben, welcher ein erbschaftliches Recht dadurch verliert, daß er aus Gehorsam gegen das Sct. Silanianum das Testament eine Zeitlang uneröffnet ließ, l. 3. §. 30. 31. D. 29. 5. Vgl. v. Vangerow Bd. I. S. 373. der VI. Aufl. u. Sintenis a. a. O. S. 382.

Außer der Restitutionswohlthat ex capite absentiae sind als besondere gesetzliche Fürsorgen für Abwesende zu bemerken:

1) daß die Besitzungen der Abwesenden, nach den umständlichen Bestimmungen der l. 1. C. 8. 5. unter den besondern Schutz der Gerichte gestellt sind;
2) bei Verjährungen gegen Abwesende diesen nach l. 1. §. 1. D. 4. 6. eine längere Frist zu Statten kommt, indem der Eigenthümer einer von einem Besitzer im bösen Glauben veräußerten Sache, wenn er eben so wenig die geschehene Veräußerung, als daß ihm die Sache gehöre, gewußt hat, nicht schon durch die 10- resp. 20jährige, sondern nur durch die 30jährige Verjährungszeit von der Klage ausgeschlossen werden kann;
3) daß bei der Erbschaftsantretung der für Beneficialerben zur Inventuraufnahme sonst bestimmte Zeitraum von 2 Monaten auf ein ganzes Jahr für die Abwesenheit erweitert ist, l. 22. §. 3. C. 6. 30.;
4) absentia rei publicae causa*) gibt unter den näheren Bestimmungen der l. 15. 16. D. 26. 5. — l. 45. D. 27. 1. einen Grund zur Befreiung von Vormundschaften; Glück Thl. XXXI. §. 1355., s. die Lehre von der Vormundschaft insbesondere für Abwesende.

---

*) Unter denselben hat man sich nicht jede Abwesenheit, welche durch Staatsgeschäfte verursacht ist, zu denken, sondern nur die, welche vom freien Willen des Abwesenden nicht abhängt, und den Vortheil des Staats und nicht des Abwesenden bezweckt, l. 36. D. 4. 6. — l. 42. D. 29. 2. — l. 14. D. 50. 17.

Kapitel V.

Vom Subject der Rechte.

A. Von den Personen und zwar

§. 26.

1. Von physischen Personen.

a) Stellung des Menschen im Recht nach Geburt, Leben und Tod, körperlicher und geistiger Beschaffenheit, Geschlecht und Alter.

1) Was versteht man unter Person?
2) Inwiefern kann der Fall eintreten, welchen die Gesetze dahin bezeichnen: ut unus homo plures sustineat personas, und wie ist dann sein mehrfaches Verhältniß gegenseitig begrenzt?
3) Was wird dazu erfordert, daß ein Individuum als rechtsfähig gelte?
4) Wie ist der Begriff von monstrum von dem, was man eine Mißgeburt zu nennen pflegt, unterschieden?
5) Wird, um dem partus Rechtsfähigkeit zuzuschreiben, auch noch dessen Vitalität erfordert?
6) Muß das Leben und der Tod bewiesen werden?
7) Inwieweit wird schon das Leben im Mutterleibe von den Gesetzen berücksichtigt?
8) Wann wird der Tod durch rechtliche Fiction angenommen?
9) Wenn von mehreren Vermißten ungewiß ist, ob und wann Einer oder der Andere von ihnen gestorben ist, und zwar
   a) wenn von keinem die Zeit und Ursache des Todes ausgemittelt ist;
   b) wenn eine gemeinschaftliche gewaltsame Ursache (z. B. Schiffbruch, Feuersbrunst, Schlacht, Einsturz eines Hauses) den Tod mehrerer Personen herbeigeführt hat, insbesondere
   c) wenn es bei dem gemeinschaftlichen Unfall zweifelhaft ist, ob Eltern vor den Kindern, oder Kinder vor den Eltern gestorben sind;

   was ist in solchen Fällen Rechtens, und was für Vermuthungen stellen die Gesetze auf?

10) Welche Fälle können sich ereignen, wo der rechtliche Erfolg dennoch unverändert bleibt, wenn auch das Vorabsterben des Einen oder des Andern nicht ausgemittelt werden kann?
11) Was ist in Ansehung der Lebensdauer durch gesetzliche Vermuthung festgesetzt, wenn es darauf ankommt, Rechte oder Bezüge zu berechnen, welche nur auf lebenslang gegeben sind?
12) Zu welchem von beiden Geschlechtern werden die Zwitter gerechnet?
13) Wenn von Zwillingen ungewiß ist, welcher zuerst das Licht der Welt erblickt habe, wie wird dann das Recht der Erstgeburt bestimmt?
14) Welche rechtliche Unterschiede finden in Ansehung des Alters statt?
15) Welche Handlungen kann auch schon der 7jährige Mensch giltig vornehmen?
16) Zu welchen Handlungen tritt die Rechtsfähigkeit schon mit der Pubertät nach R. R. ein?
17) Wie sind die spadones in Beziehung auf die Rechte der Pubertät zu behandeln?
18) Was für ein Alter wird angenommen, wenn in einem Testament Alimente bis auf die Zeit der Pubertät legirt sind?
19) Unter welchen Voraussetzungen pflegt der Landesherr das unvollkommene Alter zu ergänzen?
20) Gewährt die venia aetatis in allen Rechtsverhältnissen die rechtlichen Wirkungen der Volljährigkeit?
21) Wenn in den Gesetzen ein bestimmtes Alter erfordert wird, ist darunter annus coeptus oder impletus in der Regel zu verstehen, und hat die Regel auch Ausnahmen?
22) Welche Begünstigungen genießt das männliche und welche das weibliche Geschlecht?
23) Gelten im Allgemeinen die vom Masculino sprechenden Gesetze auch vom weiblichen Geschlecht?
25) In wie weit ist die Rechtsfähigkeit der Rasenden und der Wahnsinnigen beschränkt?
25) Zieht auch Blödsinnigkeit Beschränkungen der Disposition nach sich?
26) Hat völlige Trunkenheit eine Unverbindlichkeit der Handlungen zur Folge?
27) a) Was wird erfordert, um Jemand als Verschwender bo-

nis zu interdiciren? und b) wie weit wird durch die Interdiction seine Rechtsfähigkeit beschränkt?

28) Welchen Einfluß haben körperliche Uebel, z. B. Krankheit, Mangel des Gesichts oder des Gehörs und der Sprache auf die Rechte der Person?

Zu 1) Das Charakteristische der Person ist die Rechtsfähigkeit; jedes besondere Rechtssubject gilt daher als solches für eine Person, und kann seyn entweder eine physische (persona singularis l. 9. §. 1. D. 4. 2.) oder eine moralische (juristische) Person, quae personae vice fungitur. §. 2. J. 2. 14. — pr. J. 3. 17. l. 116. §. 3. de legat. I. — l. 22. D. 46. 1.

Zu 2) Insofern man unter Person die Qualität versteht, vermöge deren Jemandem besondere Rechte zustehen und besondere Pflichten obliegen, können deren mehrere in Einem Menschen vereinigt seyn. Dann muß zunächst darauf gesehen werden, in welcher Qualität er eine gewisse Handlung vorgenommen hat; §. 4. J. 2. 18. — l. 3. D. 1. 7. — l. 23. D. 16. 2. — Schweppe röm. Privatr. Bd. I. §. 62. Er kann nämlich die Vorzüge, die ihm in der Einen Qualität zukommen, nicht auf Rechte übertragen, die ihm in einer andern Qualität zustehen; aber es kann ihm auch das, was er in der Einen Qualität thut, in der andern nicht schaden, §. 4. J. 2. 18. — l. 3. D. 1. 7. — l. 26. C. 5. 37. Vgl. Sintenis pr. gem. Civilr. I. §. 13. Anm. 1.

Zu 3) Ein Wesen mit menschlicher Gestalt, wenigstens mit menschlichem Kopf, l. 44. pr. D. 11. 7. — vom Weibe geboren — d. i. durch vollständige Trennung von der Mutter (l. 9. §. 1. D. 35. 2. — l. 1. §. 1. D. 25. 4. — l. 3. C. 6. 29.) zum selbständigen Leben gebracht. [Ueber die Frage, ob ein Kind, dessen Kopf aus dem Mutterleibe getreten, von da an als geboren gelte, s. Sintenis pr. gem. Civilr. I. §. 13. Anm. 4.] Dabei macht es in Beziehung auf Rechtsfähigkeit des Gebornen unbestrittenermaßen keinen Unterschied, ob die Trennung des Kindes von der Mutter auf natürlichem Weg oder durch künstliche Mittel bewirkt worden ist; l. 12. pr. D. 28. 2. — l. 6. pr. D. 5. 2. — l. 1. §. 5. D. 38. 17. — Verschieden waren nur die Wirkungen in Beziehung auf die bei den Römern eingeführten Belohnungen der Kindererzeugung und Strafen des Kindermangels, indem es bei ersteren strenger genommen wurde, als bei letzteren. So vereinigt Eckhardt Hermeneut. §. 199. und

neuerlich v. Savigny System Bd. II. S. 7., die hierin sich widersprechenden Gesetze, l. 141. u. l. 132. §. 1. D. de V. S. 50. 16. cf. l. 135.. eod.

Zu 4) Nur ein contra formam humani generis geschaffenes Wesen (monstrum, prodigium s. l. 38. D. 50. 16.) ist nicht rechtsfähig, dies kann man aber nicht von demjenigen sagen, welcher etwa ein und das andere Glied zu viel oder zu wenig hat; [ostentum, portentum] l. 14. D. 1. 5. — l. 12. §. 1. D. 28. 2. — l. 3. in f. C. 6. 29. — Selbst ein Monstrum, wenn es gleich nicht rechtsfähig ist, wurde gleichwohl in Betracht gezogen, wenn es darauf ankam, von der Mutter die Strafen des Kindermangels abzuwenden; l. 135. D. 50. 16.*)

Zu 5) In den Gesetzen hat die von vielen Rechtsgelehrten s. Glück Thl. II. §. 115., Hofacker Princ. jur. civ. T. I. §. 237., Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. §. 118. und Thibaut P.-R. jedoch in §. 121. d. neuesten Ausgabe nicht mehr so bestimmt wie früher angenommene, besonders im Criminalrecht gewurzelte, neuerlich aber von Savigny am gründlichsten in seinem System d. h. R. R. Bd. II. Beil. III. unter befriedigender Erklärung derjenigen Gesetzesstellen, welche die abweichende Meinung veranlaßt hatten, widerlegte Meinung, daß zum rechten Begriff des Lebens auch die Fähigkeit, das Leben fortzusetzen [s. g. Vitalität] gehöre, welche solchen Geburten häufig mangelt, welche im Mutterleibe nicht die vollständige Reife erlangt haben, keinen Grund. — Die l. 2. u. 3. C. 6. 29. bestimmt ganz klar, daß gar nichts darauf ankomme, wenn das Kind auch gleich nach der Geburt, selbst noch in den Händen der Hebamme gestorben ist, und versagt nur dem abortus die Rechtsfähigkeit, vgl. l. 1. §. 27. D. 37. 9. Der abortus aber, oder der durch schädliche Einwirkungen vor seiner Reife aus dem uterus verdrängte foetus ist zum Unterschied von der frühzeitigen und der frühreifen Geburt ein solcher, welcher als unreif von der Mutter getrennt, gar nicht zu leben vermag. Metzger System der gerichtl. Arzneiwissenschaft §. 263. und 264. Ebenso Sintenis pr. gem. Civilr. I. §. 13. Anm. 8., v. Savigny System II. S. 385. ff.

Darüber ist man wenig mehr in Zweifel, daß die l. 12. D. 1. 5. und l. 3. §. 12. D. 38. 16. als blos auf die Vermuthung der Vaterschaft und das hiervon abhängende Familienrecht bezüglich, nichts

---

*) Ueber das angeblich von Romulus herrührende Recht der Väter, monströse Kinder zu tödten, s. Schilling Lehrb. d. röm. Privatr. Bd. I. §. 23. not. 6., Wächter Lehrb. d. Strafr. Bd. II. S. 120.

über die Frage von der Rechtsfähigkeit einer lebenden Geburt im Allgemeinen entscheiden können, sowie auch die Bestimmungen zu Gunsten des jus liberorum, s. Paulus lib. IV. tit. 9. ad Sct. Tertull. §. 1. und 5. keiner anderweiten Anwendung fähig sind. Für die Annahme, daß, um einem Kinde Rechtsfähigkeit zuzuschreiben, nichts weiter erfordert werde, als das Leben außer der Mutter und die menschliche Gestalt, sind außer v. Savigny noch anzuführen v. Vangerow Pandecten I. §. 32., Dähne in Elvers' Themis Bd. II. no. 14., Mühlenbruch Doct. Pand. Vol. I. §. 177. (Ed. III.) not. 2., Seuffert Erört. Abth. I. no. IX. §. 1., v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilr. Bd. I. §. 58. (§. 76.)

Zu 6) Gewöhnlich wird angenommen: daß ein Mensch gelebt habe, müsse bewiesen werden, sey dieses aber bewiesen, so gelte er nach Nov. 117. c. 11. für lebend, so lange nicht sein Tod bewiesen wird.*) Mackeldey Lehrb. d. h. röm. Rechts §. 141. Aber eine weitere Frage ist: wenn auch erwiesen ist, daß der Mensch geboren worden sey, hat er dann wirklich zu leben angefangen? War er nicht todt geboren? Man fragt daher zunächst, ob das neugeborene Kind sichere Lebenszeichen von sich gegeben hat, wozu aber nach l. 3. C. 6. 29. nicht gerade nothwendig ist, daß das Kind geschrieen habe. Es ist eine der schwierigsten Untersuchungen in der gerichtlichen Medicin nothwendig, um auszumitteln, ob das Kind nach der Geburt wirklich gelebt habe, s. Orfila Vorlesungen über gerichtliche Medicin B. I. die 13.—15te Vorlesung.

Nun ist aber in den Gesetzen doch so viel entschieden, daß ein innerhalb der in den Gesetzen bezeichneten Nativitäts-Termine gebornes Kind als lebensfähig — bis zum Beweis des Gegentheils — zu erkennen sey, l. 12. D. 1. 5. — ferner ist es eine, deswegen, weil sie ein nothwendiges Erforderniß einer der Natur gemäßen Geburt ist, keines weitern Beweises bedürfende Thatsache, daß das regelmäßig geborne Kind als foetus im Mutterleibe gelebt habe. Es ist daher wohl nicht zu tadeln, wenn Bock in den gerichtlichen Sectionen des menschlichen Körpers 4te Aufl. S. 254. dem Arzt gestattet, „im Allgemeinen von jedem Neugebornen anzunehmen, daß es lebendig geboren sey, weil (nach Mende) weder in der Schwangerschaft noch in der Geburt an sich Ursachen des Todes der Frucht liegen." Der Zustand nach der Geburt ist ja nur eine Fortsetzung des Lebenszustandes eines solchen Kindes, in welchem es sich schon

---

*) Ueber die rechtliche Fiction des Todes, s. Frage. 8.

vorher im Mutterleibe nothwendig befunden haben muß. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen wird aber die Fortdauer eines einmal als existirend nachgewiesenen thatsächlichen Zustandes so lange vermuthet, bis das Gegentheil erwiesen ist, und es muß daher Jeder, welcher eine Veränderung oder Aufhebung eines bestehenden Verhältnisses behauptet, dies beweisen, wenn er auf eine solche Veränderung Rechte begründen will, s. Heffter zu Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprocesse S. 276. Aus diesen Gründen hat auch das O.-A.-G. zu Dresden auch dann, wenn anzunehmen ist, daß weder für lebend noch für todt geboren seyn eine Präsumtion geltend gemacht werden könne, den Beweis des Letzteren demjenigen, welcher aus dessen Behauptung Rechte für sich ableiten will, auferlegt, s. auch Glück Thl. II. §. 115., Schwarze und Heyne Unters. prakt. wichtiger Materien 2. Aufl. S. 302.

Zu 7) Immer nur so weit es den eigenen Vortheil des nascituri betrifft, nie aber wird dessen Leben zum Nutzen Anderer als schon vorhanden angenommen, l. 231. D. 50. 16. — l. 7. D. 1. 5. Zum Besten des nascituri selbst aber geht die Fürsorge der Gesetze entweder

a) auf den Schutz des bevorstehenden Lebens selbst, z. B. durch die Strafgesetze gegen Zerstörung dieses Lebens vor der Geburt l. 4. D. 47. 11. — l. 8. D. 48. 8. — l. 38. §. 5. l. 39. D. 48. 19. — desgleichen durch die Gesetze, welche die Folter einer Schwangern oder ihre Hinrichtung bis nach deren Niederkunft zu verschieben verordnen; l. 18. D. 1. 5. — l. 3. D. 48. 19. — Hierbei kommt auch das Gesetz der alten Könige in Betracht, welches befahl, nach dem Tode einer Schwangern den Leichnam zu öffnen, um wo möglich das Leben des Kindes zu retten, l. 2. D. 11. 8.; oder

b) auf Conservation der Rechte, welche erst mit der Geburt in Wirklichkeit treten, zu deren Wahrung schon dem noch in utero befindlichen Kind ein Curator gegeben wird, l. 1. D. 37. 9., und bei der Ungewißheit, ob eines oder mehrere Kinder zur Welt kommen, die Fürsorge auf deren drei erstreckt werden muß; l. 3. l. 4. D. 5. 4. — l. 36. D. 46. 3. — Diese Wahrung der Rechte auf die Zeit der Geburt erstreckt sich

α) auf Standesrechte; dergestalt, daß dem ehelichen Kind der zur Zeit der Erzeugung oder sonst während der Schwangerschaft stattgehabte vortheilhaftere Stand auch dann erhalten wird, wenn in der Periode bis zu seiner Geburt sich in der Person des Vaters oder der Mutter Veränderungen ereignen.

Gajus I. §. 89—91. — l. 18. l. 26. D. 1. 5. — l. 7. §. 1. D. 1. 9. — pr. J. 1. 4.;

β) auf Vermögen, indem das Testament des Vaters, worin das in utero befindlich gewesene Kind unberücksichtigt geblieben ist, durch dessen Geburt rumpirt wird, l. 12. pr. D. 28. 2. — l. 2. C. 6. 29., ingleichen indem, wenn während der Schwangerschaft eine Erbschaft anfällt, die dem Kind, wenn es schon geboren wäre, gebühren würde, ihm sein Erbrecht bis zur Zeit seiner Geburt aufbewahrt wird, und dann in seinem Namen geltend gemacht werden kann; l. 26. D. 1. 5. — l. 3. D. 5. 4. — l. 7. pr. D. 34. 5. — l. 36. D. 46. 3. Gleiche Grundsätze finden bei Veräußerung von Lehen= und Fideicommißgütern zum Schutz der nasciluri durch Bestellung eines Curators statt; s. Kapff merkw. Civilrechtssprüche Bd. I. S. 1. zc.

Zu 8) Zur Erleichterung des Beweises des Todes wurde es zum Gewohnheitsrecht, nach der Stelle der Psalmen 90, 10. den Tod eines Menschen anzunehmen, wenn seit seiner erweislichen Geburt 70 Jahre verflossen sind; wenn der Verschollene schon zur Zeit seiner Entfernung 70 Jahr alt war, so pflegt man ihm noch 5 Jahre nach Analogie der l. 68. ad Leg. Falcid., und wenn er erst im 80. Jahre verschollen ist, noch $2\frac{1}{2}$ Jahre zuzugeben, Glück Thl. VII. §. 562. Thl. XXXIII. §. 1397. c. In Betreff der Streitfrage, ob der Tod eines Abwesenden erst mit Ablauf der 70 Jahre, oder mit dem rechtskräftigen Erkenntniß in Betreff der Todeserklärung anzunehmen, oder gar derselbe auf den Zeitpunkt seiner Entfernung oder wenigstens auf die Zeit, da über sein Vermögen ein Curator bestellt worden ist, zurückzusetzen sey, wie in v. Bülow und Hagemanns Rechtsfällen Bd. V. no. 48. und im Codex Maximil. Civil. Bavar. P. I. Cap. VII. §. 39. statuirt wird, ist wohl die auch im K. Sachsen, s. Schwarze in Weiske's Rechtsl. B. VII. H. 5. S. 892. angenommene Meinung die richtigste und vorherrschende, daß lediglich der Ablauf der 70 Jahre der entscheidende Moment sey, nicht das diese juristische Wahrheit blos enunciirende Erkenntniß*), eine Zurücksetzung des Zeitpunktes aber ganz gegen das Gesetz streiten würde, welches lehrt; hereditatem

---

*) Dieses spricht nämlich blos die Folge der Thatsache aus, daß der Abwesende sich bis zum Ablauf seines 70. Lebensjahrs nicht gemeldet hat. Es versteht sich, daß die Vorladung desselben noch vor dessen Auflauf ausgehen müsse. Geschähe dies später, dann könnte freilich, um nicht Jemand zugleich als lebend und todt zu behandeln, wie v. Vangerow Bd. I. S. 79. der VI. Aufl. bemerkt, nur das Erkenntniß den Moment des rechtlich fingirten Todes bilden.

ejus acquiri non posse, cujus vita dubia et incerta est, l. 4. C. de postlim. reversis (8. 51.), s. Glück Thl. VII. §. 562. — vorzüglich Heise und Cropp jurist. Abh. Bd. II. no. 4. S. 118., v. Savigny System Bd. II. §. 63. S. 17. ꝛc., Kapff merkw. Rechtssprüche Thl. I. no. 27. S. 208., Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. II. S. 256. ꝛc., v. d. Nahmer Sammlung der merkw. Entscheidungen Bd. I. S. 182., Carpzov P. 2. Const. 15. Def. 57. Ein Anderes ist es da, wo Landesgesetzgebungen eine frühere Todeserklärung nach bestimmten Umständen gestatten, wie das österr. Gesetzb. §. 24. u. 278. und das preuß. Landr. Thl. II. Tit. 18. §. 835.

Für die Ansicht*), daß erst mit Ablauf des 70. Lebensjahres des Verschollenen die Succession in sein Vermögen eintreten und auf keinen früheren Zeitpunkt zurückgerechnet werden könne, stimmen auch Gesterding Ausbeute von Nachforsch. Thl. S. 338. Thl. VI. Abth. 2. S. 207., Glück Intestaterbfolge, S. 7. Gmelin und Elsässer jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle Bd. IV. S. 168. 176. Koch Dist. utrum successio absent. fiat ex nunc au extunc., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1682. Not. e., Schmidt hinterlassene Abhandl. pract. Rechtsmater. Bd. II. No. 39., Leyser Medit. Vol. II. Spec. 96. Med. 6. Behmer novum jus contr. T. II. obs. 98. Ueber einen besonderen Fall, wo nach der Verschollenheitserklärung die wirkliche Zeit des Todes offenbar wurde, s. Zu-Rhein u. Sartorius Rechtsfälle Bd. I. S. 13. Bd. II. S. 147. —

[Das Institut der Verschollenheit ist auf dem Boden der Praxis erwachsen. Die neuesten sehr gründlichen geschichtlichen Forschungen hierüber gibt Bruns in Becker's Jahrbuch Bd. I. S. 90. bis 201. Nach ihm hat in der Entwickelung dieses Instituts überall die Sächsische Praxis den Anstoß gegeben, später auch die Preußische Gesetzgebung eingewirkt (S. 181.). Ueber die Verschollenheit, welche erst nach dem 70. Lebensjahre eintritt, und über die Rechte des Verschollenen, welcher nach der Todesdeklaration heimkehrt, hat sich keine gemeine Praxis gebildet; s. Bruns a. a. O. S. 186—188. — In neuerer Zeit ist die Abhandlung von Cropp in seinen und Heise's Abhandl. Bd. II. No. IV. V. besonders einflußreich gewesen, indeß erklärt sich Bruns in zwei Hauptpunkten gegen ihn, nämlich dafür, 1) daß die Präsumtion des Todes bedeute, der Verschollene habe vom 70. Jahre an zu leben aufgehört, und 2) daß der Curator

*) Diese Zusatzbemerkung stand in der II. Aufl. als Nachtrag auf S. 523 des II. Bds. am Anfang des Erbrechts.

zum stellvertretenden Erwerb von Erbschaften befugt sei; s. Bruns a. a. O. S. 194 ff. Ob die Todeserklärung constitutive oder bloß deklarative Bedeutung habe, ist noch bestritten: ebendas. S. 198 ff. Vergl. auch Bopp der Verschollene als Erbe in d. Zeitschr. f. Civilr. Bd. XVII. Harder, zur Lehre v. d. Verschollenheit, ebendas. Bd. XIX. Merkel in Weiske's Rechtslex. Bd. XI. s. v. Tod, und Heimbach ebendas. Bd. XII. s. v. Verschollenheit.]

Zu 9) Man hat dann

a) kein anderes Auskunftsmittel, als daß eben derjenige Erfolg nicht einzutreten habe, welcher durch gesetzliche Anordnung oder Privatdisposition von dem Ueberleben des Einen für den Andern, dessen Erben oder auch für dritte Personen abhängig gemacht ist, ausgenommen, wenn es sich um Verwandlung eines bereits erfolgten, oder widerruflichen Erwerbs in einen unwiderruflichen handelt, oder der Sinn der fraglichen Disposition dahin geht, daß jedenfalls derjenige, dessen Vortheil sie bezweckt, etwas erhalten solle, dafern er nur der Ueberlebende ist; Mühlenbruch im civilist. Archiv Bd. IV. S. 409 – 411. Zwar wollen Mühlenbruch Lehrb. §. 185., v. Wening=Ingenheim Lehrb. Bd. I, §. 58. (77.) und Kierulff Theorie rc. I. S. 192. es als allgemeine Regel gelten lassen, daß das Absterben der unmündigen vor der mündigen Person anzunehmen sey; allein dagegen ist einzuwenden, daß jene Vermuthung, welche in den Gesetzen blos von unnatürlichen Todesfällen ausgeht (si simul naufragio, bello etc. perierunt), keiner Ausdehnung auf natürliche Todesfälle unterliegen kann, weil es an Gleichheit des Grundes fehlt und eine Rechtsvermuthung als jus singulare keine Ausdehnung verträgt; s. Erk. d. O.=Tr. in Stuttgart in Hufnagel's Mittheil. aus d. Praxis d. Würtemb. Civilg. Neue Folge H. I. S. 26., v. Vangerow Pandecten S. 80. der VI. Aufl. rc., v. Savigny System Bd. II. S. 20., Sintenis prakt. gem. Civilrecht Bd. I. S. 93. not. 11.

In einem besonderen Fall, [nämlich im Fall einer donatio inter virum et uxorem] wenn von zwei Verstorbenen nur die Todeszeit des Einen ermittelt war, durfte angenommen werden, daß dieser denjenigen überlebt hat, von dessen Todeszeit man gar nichts weiß, l. 32. §. 14. in f. D. 24. 1., s. Gaedke de jure commorientium pag. 2.

b) Im Allgemeinen wird angenommen, Beide seyen zugleich gestorben, s. v. Savigny a. a. O. S. 20., Gaedke a. a. O. S. 15. So

auch das k. sächsische Erbfolgegesetz vom 31. Jan. 1829. §. 9. 10. Keine gesetzlichen Vermuthungen nehmen an das österreichische Gesetzbuch §. 25., das preuß. allgem. Landr. Thl. II. Tit. 18. §. 835. Gemeinrechtlich jedoch ist

c) für den Fall gewaltsamen Todes eines Kindes mit seinem Vater oder seiner Mutter eine gesetzliche Vermuthung in l. 9. §. 1. 4. D. 34. 5. — l. 22. 23. eod. — l. 26. pr. D. 23. 4. dahin festgestellt, daß, wenn das Kind unmündig war, dessen früherer, wenn es aber mündig war, dessen späterer Tod zu vermuthen sey.*) Weniger Grund hat eine andere Vermuthung. Wenn nämlich Manche aus l. 9. §. 3. D. 34. 5. schließen wollen, es sey, wenn Mann und Frau in einem gemeinschaftlichen Unfall umkommen, anzunehmen, die Frau sey zuerst gestorben, so ist dies irrig. Es heißt nämlich in diesem Gesetz: si maritus et uxor simul perierint, stipulatio de dote ex capitulo, si in matrimonio *mulier* decessisset, habebit locum, si non probatur illa superstes viro fuisse. Allein dies widerstreitet der im Mangel eines Beweises nothwendigen Annahme, daß beide zugleich gestorben seyen, nicht; denn eben, weil sie zugleich starben, starb ja die Frau wirklich in stehender Ehe, s. Glück v. d. Intestaterbfolge §. 3. Eben so unstatthaft ist es, wenn Andere aus l. 15. pr. D. 5. 2. die Vermuthung ableiten wollen, die ältere Person sey vor der jüngern gestorben; denn diese Gesetzstelle enthält blos eine beiläufige Aeußerung: es geschehe turbato ordine mortalitatis, wenn die Kinder vor den Eltern sterben; damit stellt das Gesetz noch keineswegs eine allgemeine Rechtsvermuthung für diesen Fall auf, viel weniger kann also daraus eine Regel für ähnliche Fälle gebildet werden; s. Glück a. a. O., Müller Promtuar. jur. Vol. IV. pag. 707., Gaedke de jure commorientium Rostock 1830. p. 61., Thibaut System d. P.=R. §. 122. (Ed. noviss.) v. Vangerow I. S. 81. der VI. Aufl.

Zu 10) Im Allgemeinen muß man zwar annehmen, daß derjenige Erfolg nicht eintrete, welcher sich bei dem unzweifelhaften Ueberleben der berücksichtigten Person ergeben haben würde; indessen kann es doch Fälle geben, wo die Bestimmung ihrem Geist und Wesen nach gleichwohl bestehen und erfüllt werden kann, z. B. wenn ein Vater dem letztlebenden seiner beiden Söhne den Titius substi-

*) Ausnahmen von dieser Regel zu Gunsten des Patronatsrechts und der Fideicommisse s. l. 9. §. 2. D. 34. 5. — l. 17. §. 7. D. 36. 1.

tuirt hat, und von keinem der beiden Söhne ausgemittelt werden kann, ob er zuerst oder zuletzt gestorben ist, so besteht die Substitution gleichwohl; denn wenn es keinen Ueberlebenden gibt, kann jeder als zuletzt gestorben angesehen werden; l. 9. pr. §. 3. D. 34. 5. — l. 31. pr. l. 42. D. 28. 6. — l. 11. pr. D. 37. 11. So ist es auch natürlich, daß eine Schenkung, deren Unwiderruflichkeit von dem Ueberleben des Beschenkten abhängt, wie z. B. die donatio inter virum et uxorem, doch bestehend bleibt, wenn auch das Ueberleben auf Seite des Beschenkten nicht erwiesen werden kann; denn das an die Person des Schenkers gebundene Reuerecht könnte ja nur von ihm als Ueberlebenden ausgeübt werden, und wenn die zum Widerruf berechtigte Person nicht vorhanden ist, so kann auch dem Besitzer die Schenkung nicht genommen werden; l. 8. D. 34. 5. — l. 26. D. 39. 6. — Dies gilt auch von der donatio mortis causa und von jedem Widerrufsrecht, welches durch das Vorabsterben einer Person vor der andern bedingt ist, z B. die Zurückforderung eines Heirathsguts, welche ich mir auf den Fall vorbehalten habe, wenn die Dotirte vor ihrem Ehemann stürbe, und der Zufall wollte, daß Beide zugleich sterben, oder wenigstens nicht ausgemittelt werden kann, wer von Beiden zuerst gestorben sey; l. 2. 6. D. 39.6. — l. 32. §. 14. D. 24. 1. — l. 16. D. 34. 5. — Dies ist indessen nur eine Folge des Satzes, daß es außer dem no. 9. c. bemerkten Falle keine gesetzliche Präsumtion für das frühere Ableben des Einen oder Andern gibt, folglich ein Recht, welches sich hierauf gründen will, ohne den Beweis der Voraussetzung auch nicht ausgeübt werden kann; l. 9. §. 3. l. 16. §. 1. l. 17. l. 18. pr. D. 34. 5. — l. 24. D. 36. 1. — Mühlenbruch im Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. IV. S. 271.

Zu 11) Dafür enthält l. 68. pr. D. 35. 2. eine von Ulpian mitgetheilte Mortalitätstabelle, wie folgt:

ist Jemand jetzt	so währt sein Recht wahrscheinlich noch
unter 20 Jahren	30 Jahre,
zwischen 20 und 25 Jahren	28 =
= 25 = 30 = ...	25 =
= 30 = 35 = ...	22 =
= 35 = 40 = ...	20 =
= 40 = 50 = so viel als zu	59 fehlt,
= 50 = 55 = ...	9 Jahre,
= 55 = 60 = ...	7 =
vom 60. bis zu jedem Alter	5 =

Eine weniger genaue gibt Aemilius Macer für den Nießbrauch

als die gewöhnliche an, l. 68. cit. Sie ist aber, wie Kori in den Erörterungen Thl. III. S. 101. bemerkt, in Praxi nicht recipirt.*)

Zu 12) Zu demjenigen Geschlecht, welches bei ihnen vorherrscht; l. 10. D. 1. 5. — l. 15. §. 1. D. 22. 5. — l. 6. §. 2. D. 28. 2.

Zu 13) Dieses kann wohl nur durch das Loos entschieden werden, da es an zuverlässigen Erkennungsmitteln fehlt; s. Glück Thl. II. §. 115. in f., Schwarze in Weiske's Rechtslex. Bd. VII. H. 3. S. 891.

Zu 14) Die Menschen sind entweder volljährig mit, oder minderjährig unter 25 Jahren, l. 3. §. 1. l. 16. §. 1. l. 24. l. 25. pr. D. 4. 4., die Minderjährigen sind entweder mündig — und zwar männlichen Geschlechts mit zurückgelegtem 14., Frauenzimmer aber mit vollendetem 12. Lebensjahr; l. 8. Th. C. 8. 18. l. 18. J. C. 6. 30. — l. 8. §. 3. C. 6. 61. — l. 10. C. 6. 26. — l. 30. C. 1. 4. — oder unmündig. Die Unmündigen heißen bis zum 7. Jahr infantes: §. 10. J. 3. 19. — §. 18. J. 4. 1. — l. 13. §. 1. D. 4. 3. — l. 111. pr. 50. 17. — Dann weiter bis zur Mündigkeit entweder infantiae oder pubertati proximi**), was auf die Zurechnungsfähigkeit Einfluß hat, indem nur der pubertati proximus zurechnungs-

*) Irrig ist die gesetzliche Berechnung aufgefaßt von Hommel Rhaps. Vol. VI. Obs. 741. — und eben so unrichtig wiedergegeben in Thierfeld der Leibzuchtcontract S. 216. Berichtigt ist diese Irrung von Kori in der Erörterung prakt. Rechtsfragen Thl. III. S. 102. Sehr abweichend von der gesetzlichen Berechnung ist die Tabelle in Süßmilch's göttl. Ordn. rc. Thl. II. §. 474. Dagegen weist L. Moser in den Regeln der Lebensdauer nach, daß Ulpian in seiner Tabelle, welche auch in mehreren Landesgesetzen zum Grund gelegt ist, der Wahrheit viel näher gekommen sey, als Süßmilch und alle die Neuern. Manche treffende Notizen giebt Wildberg in seinem Versuch e. Lehrb. d. medicinischen Rechtsgelahrtheit §. 166–172., s. auch Jahrb. der gesammten Staatsarzneikunde Bd. I. H. 1. S. 111. rc.

**) Manche verstehen dies so, daß der Zeitraum zwischen der Kindheit und Pubertät zu halbiren sey, so daß nach Verschiedenheit der Geschlechter $10^1/_2$ und $9^1/_2$ Jahre den Grenzpunkt ausmachen würden, s. Gensler im Archiv f. civil. Praxis Bd. IV. no. 18. Richtiger ist wohl, hierin das richterliche Ermessen walten zu lassen; §. 9. u. 10. l. 3. 19. §. 18. (20.) J. 4. 1. l. 6. D. 46. 6. — l. 4. §. 26. D. 41. 4. — Dirksen im rhein. Museum Bd. I. S. 316., v. Savigny System d. h. R. R. Bd. III. S. 37., welcher für die Proximität — die h. z. T. ohnedies nur in Beziehung auf Delicte praktische Bedeutung hat — die Zeiträume zwischen 7 u. 8, und zwischen 13 und 14 (resp. 11 u. 12) Jahren annimmt, mithin denjenigen als proximus betrachtet, welcher weniger als ein volles Jahr von dem einen oder andern Grenzpunkt entfernt ist, damit aber das richterliche Ermessen der individuellen früheren oder späteren Entwicklung nicht ausgeschlossen haben will.

fähig ist, wobei jedoch die individuelle Beurtheilung je nach größerer oder geringerer Entwickelung des Unmündigen oder der mehr oder weniger einfachen und daher schwerer oder leichter zu durchschauenden Natur der verbotenen Handlung nicht ausgeschlossen ist; l. 13. §. 1. l. 14. D. 4. 3. — l. 23. D. 47. 2. — §. 18. J. 4. 1., v. Savigny System Bd. III. §. 108., Glück Thl. II. §. 130. S. 186. ꝛc. — Kinder können durch ihre Handlungen weder Rechte noch Verbindlichkeiten erzeugen, puberes können nicht zu ihrem Nachtheil, aber zu ihrem Nutzen erwerben, und sich Andern verpflichten; §. 10. J. 3. 20. — l. 209. D. de V. S. 50. 16. — Handlungen der Unmündigen, aus welchen Schaden für sie entstehen kann, z. B. Verschuldung, Veräußerung, Aufgeben eines Rechts ꝛc. sind unverbindlich, doch nur insoweit, als ihre Haudlungen ihnen Schaden bringen, nicht aber so weit, daß sie dadurch bereichert werden dürften, z. B. wenn ein Unmündiger eine delictartige Handlung begeht, während er noch nicht als doli capax, angesehen wird, so muß dennoch dasjenige herausbezahlt werden, was sich in Folge jener Handlung in seinem Vermögen befindet; l. 1. §. 15. D. 16. 3. — l. 13. §. 1. D. 4. 3. l. 4. §. 26. D. 44. 4. Ingleichen wird zwar der Schuldner durch die Zahlung an den unmündigen Gläubiger nicht von seiner Verbindlichkeit frei, so weit aber das Geld sich noch vorfindet, gilt es dennoch als Zahlung; l 5. pr. D. 26. 8. — I. 4. §. 4. D. 44. 4. — l. 15. l. 47. pr. §. 1. l. 66. D. 46. 3. —*)

Das Greisenalter fängt mit dem vollendeten 70. Lebensjahre an; die frühere Meinung, daß hinsichtlich des von Vormundschaften und öffentlichen Aemtern entschuldigenden Alters durch l. 3. C. 10. 49., das 70jährige Alter zu einem 55jährigen abgeändert worden sey, ist von Mackeldey selbst, welcher sie noch in der 6. Auflage seines Lehrbuchs §. 115. u. 269. aufgestellt hatte, in der 9. Aufl. §. 126. not. 9. aufgegeben worden. Es ist vielmehr nun wohl allgemein die von Cujacius in Gemäßheit mehrerer Manuscripte unternommene und zur Uebereinstimmung mit den übrigen Gesetzstellen nothwendige Emendation angenommen, daß statt LV. zu lesen sey LXX. annorum. — Mit dem 60. Lebensjahr beginnt das Recht zu arrogiren, weil man annimmt, daß da der Mann nicht mehr zum Zeugungsgeschäft aufgelegt sey.

Zu 15) Er kann alle Handlungen vornehmen, welche blos Vortheil bringen, ohne Nachtheil oder Gefahr; pr. J. 1. 21. — l. 28.

---

*) Vom Besitzerwerb der Kinder, s. Bd. II. Kap. 1. 1.

pr. D. 2. 14. — Er kann sogar nach l. 11. D. 23. 1. c. 29. X. de sponsal. 4. 1. c. 4. 5. 7. 8. X. de desponsat. impub. 4. 2. — Sponsalien allein schließen, aber nach erlangter Mündigkeit auch einseitig wieder davon abtreten, c. 7. u. 8. X. 4. 2. — was sich jedoch nach der heutigen Verfassung des Vormundschaftswesens anders gestaltet. — Hartitzsch Eherecht §. 122. — In Ansehung der Delicte wird von ihm vermuthet, daß er das Unrecht nicht begreife, so lange er nicht proximus pubertati ist, jedoch kann er deshalb nicht als absolut zurechnungsunfähig gelten; v. Savigny System Bd. III. §. 108. S. 41.

Zu 16) Zur Testamentifaction und zur Schließung der Ehe; c. 6. 10. 11. 14. X. de despons. impub. (4. 2.) fand vor dem 14. resp. 12. Jahr wirklicher Beischlaf statt, so erklärt das canonische Recht auch dann die Ehe für gültig und unauflöslich; c. 6. 8. 9. 11. X. eod. c. un eod. in VIto (4. 2.), Glück Thl. XXIII. §. 1263., Eichhorn Kirchenrecht Bd. II. S. 339. Doli capax wird schon der pubertati proximus, l. 13. §. 1. l. 14. D. 4. 3. mithin auch zurechnungsfähig für Delicte.

Zu 17) Da die spadones, entweder castrati oder eunuchi, nie mannbar werden, so hatte man für sie mit Rücksicht darauf, daß die Pubertät überhaupt nicht bei allen Menschen schon mit 14 Jahren eintritt, die längste Zeit, nämlich 18 Jahre angenommen; s. Paulus III. 4. A. §. 2., Spadones eo tempore testamentum facere possunt, quo plerique pubescunt, id est anno decimo octavo, welche auch als plena pubertas bezeichnet wird; l. 10. §. 1. D. 1. 7. — §. 4. J. 1. 11. Nach justinianischem Recht muß aber die Regel der 14 Jahre auch auf die spadones angewendet werden, weil eine besondere Ausnahme für sie nicht anerkannt ist, und auch die Eunuchen, als die unterste Klasse der Spadonen, den übrigen Menschen in Ansehung der Testamentifaction gleichgestellt sind; l. 4. C. 6. 22., cf. Gajus l. 196.

Zu 18) Der Alimentenbezug soll dann bis zum 18. resp. 14. Jahre, l. 14. §. 1. D. 34. 1. — nach Analogie der vom Kaiser Trajan vielen Knaben und Mädchen ausgesetzten Alimente, welche ursprünglich bis zu 14 und 12 Jahren ausbezahlt, vom Kaiser Hadrian aber bis zu 18 und 14 Jahren ausgedehnt worden waren, gelten; Cramer Progr. de pubertatis termino. Kiliae 1804. — v. Savigny System 2c. Bd. III. S. 74. —

Zu 19) Nach Ausweis eines ordentlichen Lebenswandels und ausgebildeter Fähigkeiten pflegt vorgängig der Vernehmung der nächsten Anverwandten die venia aetatis Mannspersonen nach vollendetem

20. und Frauenspersonen nach vollendetem 18. Jahr ertheilt zu werden [s. g. Jahrgebung]; l. 2. §. 1. u. 3. C. 2. 43.

Zu 20) Wenn dem Minderjährigen in Beziehung auf ein bestimmtes Geschäft venia aetatis ertheilt ist, so wird er in Ansehung desselben ganz einem Volljährigen gleich geachtet; l. 3. §. 1. D. 14. 5. — l. 1. C. 2. 43. — im Allgemeinen reicht aber die Jahrgebung in den Fällen nicht aus, wo durch ein Gesetz, wie rücksichtlich der Uebernahme einer Vormundschaft oder eines öffentlichen Amts vorgesehen ist, oder durch ein gültiges Geschäft die Volljährigkeit ausdrücklich postulirt ist; Glück Thl. II. §. 130, Wening-Ingenheim Lehrb. I. §. 60. (§. 84.); insonderheit erlangt man dadurch nicht die Freiheit, seine unbeweglichen Güter ohne obrigkeitliches Decret zu verkaufen oder zu verpfänden, wenn das landesherrliche Rescript nicht ausdrücklich darauf erstreckt ist. Man wird auch durch die venia aetatis nicht zur Uebernahme eines öffentlichen Amtes, wozu die gesetzliche Volljährigkeit erfordert wird, berechtigt, l. 2. §. 1. l. 3. C. 2. 43., und die Jahrgebung kann auch dem nichts helfen, welchem etwas unter der Bedingung der Großjährigkeit geschenkt oder vermacht worden ist; s. Glück Thl. II. §. 130. Thl. XXXIII. S. 144.

21) In der Regel wird das vollendete Lebensjahr verstanden; l. 3. D. 50. 6. — l. 49. pr. D. de legat. I. — l. 74. §. 1. D. 36. 1. — l. 48. D. 35. 1. — l. 5. C. 6. 53. Ausnahmsweise gilt die Vorschrift „dies coeptus pro impleto habetur" bei der Pubertät zur Begünstigung der Testamentifaction; l. 5. D. 28. 1. — desgleichen wenn es bei einer Leibrente darauf ankommt, ob der Tag der Anfälligkeit erlebt sey, wobei nicht präcis auf die Stunde gesehen wird. Voet. Comm. ad. Pand. Lib. 44. Tit. 3. no. 1. Auch wird dem Minderjährigen annus coeptus pro completo gerechnet, wenn es darauf ankommt, ihm öffentliche Aemter zu übertragen; l. 8. D. 50. 4. — l. 74. §. 1. D. 36. 1. —

Zu 22) Die Männer haben Mehreres, besonders in öffentlichen und Familiensachen, voraus; l. 9. D. 1. 5. — l. 2. D. de R. J. 50. 17. Die Frauenzimmer dagegen gelangen eher zur Mündigkeit, können also auch eher heirathen und testiren, sie können, wenn es auf Abwendung eines Schadens ankommt, und selbst zur Abwendung der Strafe bei einigen Verbrechen sich mit Rechtsunwissenheit entschuldigen; l. 38. §. 4. D. 48. 5. — l. 9. pr. D. 22. 6. — l. 15. §. 5. D. 48. 10. — l. 2. §. 7. D. 49. 14. — l. 9. C. 4. 29., insbesondere bei Zurückforderung einer Nichtschuld auf Rechtsunwissenheit sich gründen; l. 25. §. 1. D. 22. 3. Sie können aus Bürgschaften nicht

belangt werden, können nicht Testamentszeugen seyn u. dergl. s. Glück Thl. II. §. 117., jedoch können sie beim Betrieb eines bürgerlichen Gewerbes und bei Eingehung der auf dasselbe sich beziehenden Geschäfte keinen Anspruch auf besondere Beneficien machen.

Zur Vertretung Anderer vor Gericht werden Frauenzimmer, wenigstens nach römischem Recht, nicht zugelassen, l. 2. D. 50. 17. — l. 18. C. 2. 13. — ausgenommen bei der procuratio in rem suam, l. 4. C. 2. 13., oder bei Vertretung der am persönlichen Auftreten verhinderten und sonst schutzlosen Eltern, l. 41. D. 3. 3., oder in Vertheidigung der Freiheit der Eltern, Kinder, Geschwister und des Mannes, für welche sonst kein Vertreter bereit ist; l. 3. §. 2. D. 40. 12. Mit dem Grundsatz übereinstimmend ist der sächsische Proceß, s. Chilian König Praktika u. Proceß Kap. XV.

Zu 23) Ja, doch nicht umgekehrt, l. 1. l. 52. l. 195. pr. D. de V. S. 50. 16. — l. 16. pr. D. 26. 2. — l. 45. pr. D. 2. 45.

Zu 24) Der furiosus (Rasende) und der demens (Wahnsinnige), l. 14. D. 1. 18. — l. 7. §. 1. D. 27. 10. — welche auch mente capti heißen, haben im Allgemeinen zwar Rechtsfähigkeit; denn Stand, Eigenthum und Familienverhältniß, wie Ehe und väterliche Gewalt bleibt bei ihnen unverändert, l. 8. pr. D. 1. 6. — l. 20. D. 1. 5. — aber sie haben nicht die Fähigkeit zu juristischen Handlungen und Rechtsgeschäften, Verträgen, Testamenten, Ehescheidung, Besitzerwerbung und Delicten, l. 2. C. 4. 38. — l. 2. D. 5. 2. — l. 17. D. 28. 1. — l. 22. §. 7. D. 24. 3. — l. 1. §. 12. D. 14. 7. — l. 18. §. 1. D. 41. 2. — doch ist nicht absolute Unfähigkeit anzunehmen, wenn erweisliche lucida intervalla eintreten.

Wenn aber einmal entschieden ist, daß Jemand verrückt sey, so wird vermuthet, daß er es immer sey, §. 1. J. 2. 12. — versteht sich ohne Rückwirkung auf frühere Handlungen; l. 20. §. 4. D. 28. 1. — §. 1. J. 2. 12. Wer sich auf ein dilucidum intervallum beruft, muß es beweisen. Auch fieberhaftes Delirium, l. 60. D. 42. 1. — l. 113. de V. S. 50. 16., das Nachtwandeln, und der durch magnetische Behandlung erregte Somnambulismus hat während der Dauer dieser Zustände dieselbe Unfähigkeit zu Handlungen zur Folge.

Zu 25) Der fatuus, stultus, insanus, §. 4. J. 1. 23. — l. 25. C. 5. 4. — steht auf der niedersten Stufe der mente capti, und nur wenn seine Geistesschwäche einen hohen Grad erreicht, tritt — gewöhnlich erst auf Antrag der Verwandten — die Anordnung einer Curatel ein; §. 4. J. 1. 23. — l. 2. D. 27. 10. — l. 2. D. 3. 1.

Gleichwie den furiosis das beneficium restitutionis ex capite absentiae zusteht; s. l. 22. §. 2. D. 4. 6. v: quod edictum etiam ad furiosos pertinere Labeo ait., u. l. 124. §. 1. D. 50. 17. furiosus absentis loco est, so muß bei der durchgehend gleichen Behandlung der Rasenden und Blödsinnigen von den letzteren dasselbe gelten, und die gemeine Meinung, sowie die ihr folgende Praxis, s. Glück Thl. VI. S. 23 rc., Göschen Vorlesungen Bd. I. S. 558., Mühlenbruch Pandectenr. §. 104., welche allen unter Curatel stehenden Personen die Restitution zugesteht, so viel die Blödsinnigen anbelangt, als gerechtfertigt anerkannt werden; s. Erk. d. O.=A.=Ger. Jena in Seuffert's Archiv Bd. V. H. 1. S. 121. Der Beweis des Blödsinns muß, wenn der bei Lebzeiten dafür Erklärte und nicht unter Curatel Gesetzte bereits gestorben ist, durch Vernehmung der Aerzte, wenn er welche gehabt hat, geführt werden, außerdem können durch Zeugen wohl solche Thatsachen, welche den Schluß auf Blödsinn begründen, dargethan, es muß aber über deren Aussagen ein ärztliches Gutachten erhoben werden; v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. V. S. 41.

Zu 26) Abgesehen von dem, was bei Rechtsgeschäften rücksichtlich der Mängel der Einwilligung vorgeschrieben ist, wird, was Delicte anbetrifft, immer Verbindlichkeit zum Schadenersatz und Zurechnung zur culpa stattfinden; c. 7. C. 15. qu. 1. u. v. Savigny System Bd. III. S. 87. —

Zu 27 a) Daß Jemand seine Güter sinnlos wegwirft, oder einen seine Kräfte offenbar übersteigenden Aufwand macht; l. 1. pr. D. 27. 10. —

Zu 27 b) l. 40. D. 50. 17. spricht ihm gleich dem furioso die Willensfähigkeit ab, andere Stellen bestimmen aber das Verhältniß genauer so, daß man den Interdicirten dem impubes pubertati proximus völlig gleichstellen darf. Seuffert's Archiv XIII. No. 9. Er kann nämlich durch Stipulation eine Forderung erwerben, sich aber nicht als Schuldner durch Vertrag verpflichten; l. 6. D. 45. 1. — l. 9. §. 7. D. 12, 1. — Er kann nichts veräußern und hat nicht die Verwaltung seines Vermögens, welches vielmehr unter eine besondere Curatel gestellt wird, l. 10. pr. D. 27. 10. — l. 6. D. 45. 1. — l. 26. D. 18. 1. — l. 11. D. 27. 9. — l. 1. pr. D. 27. 10., daher er auch nicht gültig Zahlung oder Bürgschaft leisten kann; l. 29. D. 12. 6. — Eine Novation kann er vornehmen, insofern er dadurch seinen Zustand verbessert; l. 3. D. 46. 2. — Eine ihm deferirte Erbschaft kann er giltig antreten, l. 5. §. 1. D. 29. 2., was jedoch

nach der gewöhnlichen Ansicht nur unter Consens des Curators zu verstehen ist, s. v. Savigny System Bd. III. S. 89. not. u. Er kann kein Testament machen, l. 18. pr. D. 28. 1. — §. 2. J. 2. 12., und nicht einmal Testamentszeuge seyn; §. 6. J. 2. 10.

Daß ein Prodigus ohne Zustimmung seines Curators zu einem Widerrufe seines Testaments befugt sey, dahin ward von der Facult. Wittenberg erkannt, weil nur über Testaments-Errichtung ein positives Verbot besteht, und l. 40. D. 50. 17. blos von einer wahren Vermögens-Verminderung verstanden werden darf. Nicht dementia sondern blos Leichtsinn, Unsittlichkeit, Mangel an Familienliebe erblicken die Gesetze an dem prodigus. Er ist deshalb bei Verbrechen zurechnungsfähig; l. 23. §. 2. D. 21. 1. Selbst die väterliche Gewalt übt er aus, s. Sächs. Zeitschrift 1841. S. 320., wo auch Gesterding, Nachforsch., S. 45 ꝛc. für obigen Satz angezogen und die Ansicht widerlegt wird, welche über obige l. 40. bei Glück Thl. XXXIII. S. 254. sich findet. Ob das Curatelverhältniß durch die verbesserte Lebensweise und begonnene häusliche Wirthschaft von selbst erlösche, oder noch ein obrigkeitliches Decret erforderlich sey, ist bestritten. Donell in Comment. de jure civili T. III.. c. 22. §. 8. behauptet das Erstere, mit Beziehung auf Paull. rec. sent. III. 1. A. §. 12. — l. 1. pr. D. 27. 10. Neuere Rechtsgelehrte stimmen für das Letztere, s. Gesterding Ausbeute ꝛc. Thl. I. S. 55, Puchta Handb. der ger. Verfassung §. 322, Rudorff Vormundschaftslehre Thl. III. S. 230.

Zu 28) Nur morbi sontici, d. i. solche, welche zu allen Geschäften unfähig machen, l. 113. D. 50. 16., nicht aber intermittirende, l. 60. D. 42. 1., gereichen zur Entschuldigung z. B. gegen Annahme einer Vormundschaft oder wegen versäumter gerichtlicher Termine, und auf ihr Ansuchen können solche Kranke auch einen Curator erhalten; Glück Thl. II. S. 123., Sintenis pr. gem. Civilr. §. 13. S. 97. der II. Aufl.

Krüppel und Gebrechliche sind von der Lehensfolge ausgeschlossen und können nicht zum geistlichen Stand ordinirt werden. Taube, Stumme und Blinde haben zwar auch im Allgemeinen Rechtsfähigkeit, aber unterliegen doch auch einzelnen Beschränkungen, z. B. sind Taube und Stumme vom Richteramt und der Advocatur ausgeschlossen, s. Glück Thl. V. S. 106. Thl. VI. S. 214. — selbst vom Schiedsrichteramt; l. 9. §. 1. C. 4. 8. — Blindheit soll indessen nach der Meinung Einiger nicht absolut unfähig dazu machen; s. die bei Glück

a. a. O. Thl. V. S. 107. angeführten Autoren, Schilter Exerc. X. §. 23, Berger Oecon. jur. Lib. IV. Tit. 8. th. II. not. 3.

Wenn die Rechte eines Taubstummen hinsichtlich seiner Entlassung aus der Vormundschaft und seiner Civilangelegenheiten in Frage kommen, so sind für die vorzunehmende Prüfung gewöhnlich folgende Aufgaben gestellt:

a) seine Befähigung zur Ablegung eines gültigen Zeugnisses und zur Eidesleistung;
b) zur Verwaltung des eigenen Vermögens;
c) Testirfähigkeit;
d) Fähigkeit zur Schließung einer Ehe.

Zu a) Diese Fähigkeit ist nicht ausgeschlossen, wenn es sich von Vorgängen handelt, welche nicht lediglich durch das Gehör, sondern durch andere bei Taubstummen gewöhnlich noch schärfere Sinne wahrgenommen werden können. Es wird aber auch erfordert, daß der Taubstumme seine Wahrnehmung auf verständliche Art darzulegen im Stande sey, was am sichersten durch schriftlichen Ausdruck geschehen kann; wenn aber der Taubstumme nur durch Zeichen darzulegen vermag, was er erfahren hat, auch wohl dann in Betrachtung kommen kann, wenn diese Zeichen einer systematischen Zeichensprache angehören, wie sie in den Taubstummen-Anstalten gelehrt und geübt wird, und durch Zeugen, welche jedoch unabhängig von einander zu agiren haben und dieser Zeichensprache kundig sind, die Aussage des Taubstummen schriftlich wiedergegeben werden kann. Uebrigens ist derselbe vor Ablegung des Zeugnisses genau zu prüfen, ob er sich der Wichtigkeit des Eides und der Folgen, welche seine Aussage für einen Dritten hat, bewußt sey, wobei dann auch die Altersbestimmungen des römischen Rechts in Betracht kommen.

Zu b) Während Manche die Dispositionsfähigkeit der Taubstummen fast in allen Punkten bestreiten, s. Schneider in Henke's Zeitschrift für Staatsarzneikunde Erg. Heft Nr. 32., dagegen Andere dafür halten, daß die Intelligenz durch die Taubstummheit nicht absolut gefährdet, sondern nur schlummernd und durch die Erziehung erweckbar sey, s. Krügelstein in Friedrich's Centralarchiv 1844. H. 4. XLI., daher nur dann bei Taubstummen eine Unfähigkeit zu den Geschäften des bürgerlichen Lebens anzunehmen sey, wenn mit ihrem Zustand eine Schwäche der physischen Facultäten verbunden ist, s. Friedreich Handbuch der gerichtlichen Psychologie S. 860., und während Erfahrungen gelehrt haben, daß die Erziehung in einem Taubstummen-Institut nicht für die Verstandesreife geradezu, und der Mangel dieser

Erziehungsart auch nicht für das Gegentheil entscheidend sey, s. Henke's Zeitschr. 1836. Heft 1 no. VII. u. Ergänzungsheft 23. no VII., Bock Elemente der gerichtl. Medicin 1. Hälfte S. 416. 418., so muß immer erst durch gerichtsärztliche Untersuchung ausgemittelt werden, ob ein Taubstummer, — wie die römischen Rechtsgelehrten erfordern, intellectum und judicium habe, l. 43. pr. D. 3. 3., Glück Thl. V. S. 258. Thl. VI. S. 23., nach Andern besonders, ob sie lesen und schreiben können; s. Hoffbauer Psychologie §. 172 ꝛc., Henke Lehrbuch der gerichtlichen Medicin §. 291.

Zu c) Strenger wird es mit der Testirfähigkeit genommen. Taubstumm Geborene sollen nach l. 10. C. 6. 22. u. l. 7. D. 28. 1. nicht ohne landesherrliche Dispensation testiren dürfen, s. Gensler im civilist. Archiv Bd. III. no. 22. Kaiser Maximilian verlangt in der Notariatsordnung vom J. 1512. §. 4., daß Personen, die ein Testament machen, mit verständigen Worten sollen lesen und schreiben können. Mehreres s. Bd. II. Abtheil. 1. Kap. III.

Zu d) Bei Schließung einer Ehe zwischen Taubstummen wird erfordert, daß die Einwilligung zu dem Bündnisse von beiden Theilen auf eine ihnen vollkommen verständliche Weise vor sich gehe; der Taubstumme muß vor Zeugen wo möglich mündlich, wo nicht schriftlich oder durch verständliche Zeichen seinen freien Willen bekennen und von der Einwilligung des andern Theils glaubwürdige und überzeugende Kenntniß bekommen, und daß er sie bekommen, bekunden. — Einem in polizeilicher Hinsicht aufzuwerfenden Bedenken, daß der Taubstumme sein Gebrechen auf seine Descedenz fortpflanzen würde, steht die Erfahrung entgegen. S. Deutsch über die Rechte der Taubstummen. S. 14.

---

§. 27.

b) Vom Menschen als Glied politischer und religiöser Verbindung.

Status — origo — domicilium.

1) Worauf beruht der Unterschied zwischen natürlicher und bürgerlicher Rechtsfähigkeit?
2) Welche status haben die Römer unterschieden?
3) Haben auch Stand und Gewerbe Einfluß auf die Rechte des Menschen?

4) Auch die Religion?
5) Welchen Einfluß hat die Herkunft (origo)?
6) Wird das forum originis durch den Geburtsort des Vaters, oder durch sein Domicil, oder durch den Ort, wo er das Bürgerrecht hat, bestimmt?
7) In welchen Fällen kann materna origo in Betracht kommen?
8) Wird durch die Adoption das natürliche Vaterland aufgehoben?
9) Wo ist das forum originis der Findlinge? — Der Vagabundenkinder?
10) Wird einem Vagabunden nach den Gesetzen seines forum originis, oder des Orts, wo er gestorben ist, succedirt?
11) Was wird unter Domicil verstanden, und wodurch unterscheidet es sich vom Aufenthaltsort?
12) Welchen Einfluß hat das Domicil zunächst auf die Verhältnisse der Person?
13) Kann das domicilium voluntarium auch stillschweigend constituirt werden?
14) Kann aus der Länge der Zeit des Aufenthalts auf das Domicil geschlossen werden?
15) Wird bei successiver Aenderung des Wohnorts die Veränderung des Domicils vermuthet? oder wem liegt der Beweis ob?
16) In welchen Fällen tritt ein unwillkürliches Domicil (necessarium) ein? *)
17) Kann man ein Domicil an mehreren Orten zugleich, mithin ein zweifaches Domicil haben?
18) Was ist unter dem Indigenat zu verstehen und was für ein Unterschied ist unter den Fremden zu machen?

Zu 1) Der Unterschied zwischen status naturalis und civilis ist dadurch entstanden, daß nach dem positiven Recht hier und da besondere Eigenschaften und Zustände erfordert werden, um einzelne Rechte und Rechtsverhältnisse zu begründen, woraus der Unterschied zwischen der allgemeinen oder natürlichen, nämlich der nach dem natürlichen

*) Ueber den Einfluß des ehelichen Verhältnisses auf die Willkür in Ansehung des Domicils und der Veränderung desselben auf das Recht des ehelichen Güterstandes s. Familienrecht Kap. III., und remissiv im allgemeinen Theil Kap. II.

Recht jedem Menschen als solchem zustehenden und der bürgerlichen Rechtsfähigkeit entspringt. — H. z. T. kommen gewöhnlich auch besondere Standesvorzüge in Betracht, welche in den Landesconstitutionen begründet sind.

Zu 2) Die Römer hatten drei status: libertatis — die Grundlage aller Rechtsfähigkeit, — civitatis (daher der Unterschied zwischen cives und peregrini) und familiae, daher entweder homines sui juris oder alieno juri subjecti. Das familiam habere war durch die Civität, und diese durch die Libertät bedingt, der Verlust eines solchen caput oder status hieß capitis diminutio und konnte demnach maxima, media und minima seyn. Ueber den römischen Begriff von status etc. s. Feuerbach civilist. Versuche Thl. I. S. 173., Köchy civilist. Erörter. I. S. 90., Zielonacki drei Abhandl. S. 45—82., v. Savigny System Bd. II. §. 64. ff., Böcking, Pand. des röm. Privatr. II. Aufl. Bd. I. §. 33—36. 42—48.

Zu 3) Dieser wird heut zu Tage durch die besondern Landesverfassungen bestimmt, die meisten jura singularia räumt das R. R. dem Soldatenstand ein, wozu aber weder Recruten, noch bei der Armee angestellte Personen gehörten; l. 16. C. 6. 21.

Zu 4) Der Hauptunterschied besteht zwischen Christen und Nichtchristen.

Unter den verschiedenen Secten des Christenthums findet in Beziehung auf den Genuß der bürgerlichen und politischen Rechte zufolge der deutschen Bundesacte vom J. 1815. Art. 16. kein Unterschied statt. [Ueber die deutsch-katholischen Gemeinden sind in neuerer Zeit in einigen Staaten Gesetze erlassen worden.]

Die Rechte der Nichtchristen aber sind in mancherlei Beziehungen beschränkt, wenn gleich insonderheit die gegen Apostaten und Ketzer im römischen und canonischen Recht verfügte Rechtslosigkeit, s. l. 19. pr. l. 21. C. de haeret. l. 5. — nicht mehr in usu ist. Auch hier kommt nun Alles auf die neueren Landesverfassungen an. Die Bestimmungen des R. R. über religiöse Verbindungen s. Cod. I. Tit. 3. 5. 7. 9. u. 11. [In Betreff der Juden bestehen noch particularrechtliche Beschränkungen.]

Zu 5) Sie ist für das Recht des Vaterlandes wichtig, an welches sich auch der Gerichtsstand knüpft, wenn nicht andere Verhältnisse in dem Individuum durch Ansässigmachung u. dgl. eingetreten sind; Glück Thl. VI. S. 263. §. 511.

Zu 6) Es kommt zunächst nur darauf an, wo der Vater das Bürgerrecht zu der Zeit hatte, da der Sohn geboren ward (was auch

noch h. z. T. gilt), und thut also nichts zur Sache, ob der Vater allda auch geboren worden ist, oder anderswo, und eben so wenig auf des Vaters zeitiges domicil: filius *civitatem*, ex qua pater ejus naturalem originem ducit, non domicilium sequitur; l. 6. §. 1. D. 50. 1. —

Zu 7) Wenn diese entweder besonders privilegirt war, l. 1. §. 2. D. 50. 1. — oder es an einem rechtmäßigen Vater mangelte, l. 9. D. 50. 1. — oder wenn dieser nirgend ein Bürgerrecht hatte; l. 22. C. 10. 31.

Zu 8) Vielmehr gab sie dem Adoptirten ein zweites; l. 7. C. 8. 48.: „in adoptionem quidem alinenae civitatis civi recte dato additur non mutatur patria."

Zu 9) Bei den Findelkindern ist es der Ort, wo sie gefunden und erzogen, bei Kindern der Vagabunden der Ort, wo sie getauft worden sind; Glück a. a. O. S. 263. §. 511.

Zu 10) Nach den letzteren, weil bei einem Vagabunden der Ort, wo er angetroffen wird, sein jedesmaliger Gerichtsstand ist; Glück a. a. O. S. 264. A. M. ist Koch, Success. ab intest. §. 15., welcher diesen nur subsidiär, zunächst aber das forum originis annimmt.

Zu 11) Die l. 7. C. de incolis 10. 39. unterscheidet den Wohnsitz von bloßer Wohnung oder Grund- und Hausbesitz an einem Ort, l. 27. §. 1. D. 50. 1. durch die Absicht der Permanenz, daher Absicht und factum habitationis vereint erfordert werden; l. 17. §. 13. l. 20. D. 50. 1. — l. 4. C. 10. 39. — l. 239. §. 2. D. V. S. Das Wohnen an einem Ort gibt noch nicht die Rechte eines Mitglieds der dasigen Gemeinde; vergl. l. 7. C. 10. 39. Ueber das Heimathsrecht geben meist die Gesetze der einzelnen deutschen Staaten die nöthigen Bestimmungen.

Zu 12) Der fixirte Aufenthalt einer Person (Domicil) involvirt eine stillschweigende Unterwerfung unter die Gerichte und Gesetze des Wohnorts, welchem dann mit der Person auch ihr bewegliches Vermögen folgt.

Zu 13) Allerdings, durch Ergreifung eines bürgerlichen Gewerbes, l. 27. §. 1. D. 50. 1. — oder Annahme eines die beständige Gegenwart erfordernden Amtes, l. 2. C. 3. 24. — oder Einrichtnng eines Familienhaushalts und insbesondere bei Constituirung eines neuen Domicils, dadurch, daß man seine am bisherigen Wohnort gehabten Sachen verkauft und den größten Theil seiner Güter dahin, wo man jetzt wohnt, gebracht hat; s. Glück a. a. O. §. 513. Thl. VI. S. 272. —

Zu 14) Für sich allein keineswegs, auch nicht aus einem 10jährigen Aufenthalt, wie aus l. 2. C. 10. 39. irrig von Mehreren gefolgert wurde; denn dieses Gesetz spricht keine allgemeine Regel aus, sondern handelt nur von einem besondern Fall; Glück a. a. O. §. 513. S. 275.

Zu 15) Da das Domicil nur durch einen in bestimmte äußere Handlung übergegangenen Willen begründet wird, l. 20. D. 50. 1. — so kann es auch durch temporäre Abwesenheit nicht sofort aufgehoben werden. Daher muß Derjenige beweisen, welcher eine Veränderung des Domicils behauptet, l. 22. D. 22. 3. — Glück a. a. O. S. 276.

Zu 16) Dies kann geschehen, zur Strafe, durch Relegation, l. 22. §. 3. D. 50. 1., oder Dienstes und Amts halber, l. 23. §. 1. D. 50. 1. — l. 8. C. 10. 39. — l. 11. D. 1. 9. — (dessen ungeachtet jedoch die Senatores ihr domicilium originis noch nebenbei behielten), für Soldaten im Garnisonsort, und für solche, welche noch in der väterlichen Gewalt stehen, Glück Thl. VI. S. 268., durch den Familienverband, so auch bei Pupillen an dem ihnen der Erziehung wegen obrigkeitlich angewiesenen Ort, und bei Ehefrauen, weil sie dem Manne zu folgen verbunden sind. [Unterbringung in eine Irrenanstalt begründet bei den Kranken kein neues Domicil: s. Seuffert's Archiv X. No. 12.]

Zu 17) l. 5. l. 6. §. 2. D. 50. 1. — sagt: viris prudentibus placuit, duobus locis posse aliquem habere domicilium, si utrobique ita se instruxit, ut non ideo minus apud alteros se collocasse videatur. So schließt das domicilium dignitatis einen anderweiten Wohnort nicht schlechthin aus; l. 11. D. 1. 9. — l. 22. §. 6. D. 50. 1. — l. 2. C. 3. 24. — und ein Relegirter kann neben seinem domicilio necessario, weil durch die Relegation das Bürgerrecht nicht aufgehoben wurde, auch an dem Ort, von welchem er weggewiesen worden ist, noch ein Domicil haben; l. 27. §. 3. D. 50. 1. — s. Glück Thl. VI. §. 512. S. 265. — Die Möglichkeit zweier Domicile ist daher nur nach der Absicht der Person zu entscheiden; l. 27. §. 2. D. 50. 1.

Zu 18) Unter Indigenat versteht man gemeiniglich

a) den Inbegriff der Rechte und Verbindlichkeiten, die dem Einheimischen vor dem Fremden aus der vollständigen Unterwerfung unter die Staatsgewalt zukommen, oder

b) den Inbegriff der Vorrechte der Landeseingeborenen vor den Aufgenommenen.

Heut zu Tage unterscheidet man noch Staatsbürgerrecht und Indigenat, indem jenes, welches außer dem letztern auch noch Volljährigkeit, Ansässigkeit im Lande oder Staatsdienst und bei Neuaufgenommenen auch Ablauf einer bestimmten Zeit verlangt,*) außer den Indigenatsrechten noch alle politischen Rechte gewährt. Nach den meisten neueren Gesetzgebungen wird das Indigenat durch die Geburt für denjenigen erworben, dessen Vater oder Mutter zur Zeit der Geburt als Staatsangehörige, als Inländer anerkannt war, — ferner durch Naturalisation, — und für die Ausländer durch Verheirathung mit dem Inländer, wogegen in der Regel langjähriger Aufenthalt oder Erwerb von Grundstücken an sich das Indigenat nicht gewähren. Verloren geht das Indigenat in der Regel durch Auswanderung (ohne Vorbehalt) und durch die Verheirathung der Inländerin mit dem Ausländer. Die deutsche Bundesacte hat die Regulirung dieser Verhältnisse der Gesetzgebung der einzelnen Bundesstaaten überlassen und sich darauf beschränkt, den Unterthanen derselben folgende Rechte zuzusichern; a) Grundeigenthum außerhalb des Staates, den sie bewohnen, zu erwerben und zu besitzen, ohne deshalb in dem fremden Staate mehreren Abgaben unterworfen zu seyn, als dessen eigene Unterthanen; b) die Befugniß des freien Wegziehens aus einem deutschen Bundesstaate in den andern, der sie zu Unterthanen annehmen will, auch in dessen Civil- und Militärdienste zu treten, dafern keine Verbindlichkeit zu Militärdiensten gegen das bisherige Vaterland entgegensteht, und c) die Freiheit von aller Nachsteuer, insofern das Vermögen in einen andern Bundesstaat übergeht. — Unter den Fremden sind wieder zu unterscheiden, je nachdem sie in dem Lande nur wegen eines vorübergehenden Zwecks sich aufhalten, ohne in bleibende Verbindung mit dem Staate zu treten, oder Grundstücke in demselben erwerben (letzteren Falles Forensen).

---

§. 28.

c) Vom Menschen in Beziehung auf Familien- oder Verwandtschafts-Verhältniß.

1) Was versteht man unter cognatio im weitern Sinn?
2) Was unter Agnaten oder Cognaten im engern Sinn?

---

*) Die Gesetzgebungen Deutschlands stimmen jedoch in dieser Beziehung nicht überein.

3) Kann die Cognation auch auf andere Art als durch natürliche Verbindung entstehen, und welche Eintheilung wird hierauf gegründet?
4) Da die Zeugung in und außer der Ehe entstehen kann, so fragt sich, aus welcher den Kindern Familienrechte entstehen, und wie die Kinder nach der Art der verbotenen oder erlaubten Verbindung der Eltern unterschieden sind?
5) Was versteht man unter Verwandtschaftsgrad?
6) Was unter Stamm oder Linie?
7) Auf wie vielerlei Art kann sich die Linie oder der Zusammenhang mehrerer Zeugungen bilden?
8) Wie wird insbesondere in der Seitenlinie der Verwandtschaftsgrad nach römischem Recht berechnet?
9) Wie weicht das canonische Recht hiervon ab?
10) Welche Berechnungsart ist gemeinhin angenommen?
11) Was für ein Unterschied findet unter Seitenverwandten statt?
12) Wie heißen die unilaterales, je nachdem sie von Einer Mutter oder Einem Vater abstammen?
13) Sind s. g. Stiefgeschwister auch Verwandte?
14) Wie kann eine mehrfache Verwandtschaft unter gewissen Personen bestehen?
15) Was versteht man unter Schwägerschaft? und reichen die Wirkungen der Schwägerschaft auch über die Dauer der Ehe, durch welche sie erzeugt wurde, hinaus?
16) Inwiefern können auch Stiefverwandte verschwägert seyn?
17) Wenn zwei Personen einander heirathen, werden damit die Verwandten derselben unter einander verschwägert?
18) Nach welchen Regeln werden die Grade der Schwägerschaft bestimmt?
19) Werden in der Gesetzessprache unter dem Worte liberi blos die Kinder verstanden?
20) Was versteht man unter respectus parentelae?

Zu 1) Eine durch Erzeugung oder Einheit des Bluts begründete Verbindung zweier oder mehrerer Personen, jus sanguinis. Hiernach sind also Verwandte eigentlich nur solche, deren Einer durch den Andern, oder welche beide von einem gemeinschaftlichen Dritten hervorgebracht sind.

Zu 2) Wenn die Verwandtschaft durch lauter Mannspersonen derselben Familie (als dem Complex aller Agnaten l. 195. §. 2. in f. D. 50. 16.) in ehelicher Zeugung begründet ist. Gewöhnlich versteht man aber unter Agnaten nur die Seitenverwandten, weil die nächsten Agnaten (liberi) schon unter einer besondern Bezeichnung stehen; Proximiores ex agnatis sui dicuntur, l. 10. §. 3. l. 12. D. 38. 10. —

Zu 3) Auch durch Adoption, daher es eine wahre oder natürliche und eine bürgerliche oder fingirte Verwandtschaft gibt.

Zu 4) Nur den ehelichen Kindern stehen Familienrechte gegen den Vater zu, doch werden in Praxi, mittelst Usual-Interpretation des c. 12. X. qui filii sint legitimi, die Brautkinder jenen gleich geachtet, wenn durch den Tod des Bräutigams oder durch bösliche Verlassung der Braut die Copulation verhindert worden ist; — Glück Intestaterbfolge §. 97. S. 282., ohne Zweifel aber gelten auch die aus einer putativen Ehe erzeugten Kinder den legitimis gleich, sowie nach Umständen die legitimati; s. Bd. II. über die Intestaterbfolge.

In Ansehung der unehelichen Kinder unterscheidet das römische Recht

1) ex damnato coitu procreati, nämlich:
   a) incestuosi, durch Blutschande,
   b) adulterini, in Ehebruch erzeugt,
2) naturales oder Concubinenkinder, indem der Concubinat bei den Römern erlaubt war, was aber h. z. T. nicht mehr gilt;
3) spurii et vulgo quaesiti, worunter alle andern unehelichen Kinder verstanden werden.

Zu 5) Da jede Verwandtschaft durch eine Zeugung entsteht, so bildet auch jede Zeugung einen Grad: tot sunt gradus, quod sunt generationes.

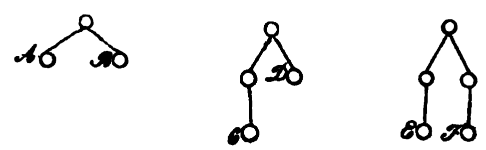
Zu 6) Den Inbegriff mehrerer zusammenhängender Generationen (stirps oder linea). Unter stipes communis versteht man immer die nächste Person, von welcher sich die gemeinschaftliche Herkunft ableitet.

Zu 7) Entweder so, daß die Personen unmittelbar von einander abstammen (linea recta), man mag nun vom Erzeugten zum Erzeuger hinauf (l. ascendens) oder von diesem zu jenem herunter (l. descendens) gehen, — oder so, daß sie von einem gemeinschaftlichen Dritten abstammen, wodurch sich die Seitenlinie (obliqua vel transversa) bildet, weshalb solche Verwandte Seitenverwandte (ex latere venientes s. collaterales) heißen.

Zu 8) Indem man den Verwandtschaftsgrad zweier Personen

durch die Zahl der sie vermittelnden Zeugungen bestimmt, muß man bei der Seitenverwandtschaft die Zeugungen oder Grade beider Linien zusammenrechnen.

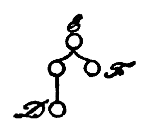
Demnach sind beispielsweise



A und B im zweiten, C und D im dritten und E und F im vierten Grad verwandt.

Zu 9) Das canonische Recht gibt die Regel; man zähle nur die eine Seite, und bei der ungleichen die längste; c. ult. X. de consanguin. et affinit. (4. 14.) In dem Grade nun, in welchem jeder der Seitenverwandten zu dem gemeinschaftlichen Stammvater steht, in demselben ist auch einer mit dem andern verwandt, z. B.

sind demnach im zweiten Grad verwandt, so wie sie es auch Beide mit C sind; bei der gleichen Seitenlinie gilt daher unbestritten die Regel: can. 2. §. 4. caus. 35. qu. 5. duo gradus legales unum gradum canonicum constituunt, und da in der ungleichen Seitenlinie auf die längere Seite gesehen wird, so bildet sich hier die Regel: quoto gradu in linea transversa inaequali remotior distat a communi stipite, eodem gradu distat ab eo, qui communi parenti gradu proximior est, wie sich in folgendem Exempel darstellt:

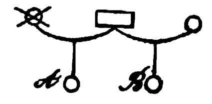


indem D und F eben so wie D und E, nämlich im zweiten Grad, verwandt sind, s. Glück a. a. O. Thl. XXIII. §. 1210 ꝛc. cap. ult. X. de consanguin. et affinitat.

Zu 10) Die römische, s. Höpfner's Instit. Comment. §. 118. u. §. 644. ist in der Lehre von der Erbfolge, die canonische aber bei den Eheverboten angenommen.

Zu 11) Sie sind entweder unilaterales oder bilaterales, nämlich vollbürtig, wenn ihre Abstammung auf einem ganzen Paare beruht, ex utroque parente conjuncti, halbbürtig, ex uno parente conjuncti,

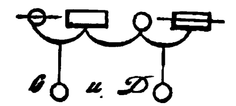
wenn ihre Abstammung auf einer einzigen Person, die in zwei verschiedenen Paaren vorkommt,



beruht, so daß ihnen nur die Hälfte des Paars gemeinschaftlich ist; A und B sind also Halbgeschwister.

Zu 12) Uterini, wenn sie von Einer Mutter — consanguinei, wenn sie von Einem Vater abstammen.

Zu 13) Nein; denn mein Stiefbruder ist der Sohn derjenigen Person, welche nicht mein Vater oder meine Mutter ist, folglich auch nicht mein Bruder. Man sollte daher die zusammengebrachten Kinder (privigni oder comprivigni) z. B.



gar nicht Stiefgeschwister nennen.

Zu 14) Die mehrfache Verwandtschaft entsteht theils so:

1) daß Personen ein Kind mit einander zeugen, die schon unter sich verwandt sind;
2) daß Personen ein Kind mit einander zeugen, die, ohne unter sich verwandt zu seyn, einen gemeinschaftlichen Dritten zum Verwandten haben.

Letzteres kann wieder auf zweierlei Art vorkommen: entweder zwei Personen aus einer Familie, sie seyen unter sich verwandt, wie sie wollen, zwei Geschwister, Vater und Sohn, Oheim und Neffe u. s. w. zeugen mit zwei Personen aus einer andern Familie, deren Verwandtschaft unter sich auch wieder noch so verschieden seyn kann, Kinder*); oder aber eine und dieselbe Person zeugt mit zwei unter sich verwandten Personen, z. B. mit zwei Schwestern, mit Tante und Nichte, mit Geschwisterkindern (cousines germaines) u. s. w. Kinder, so sind diese von väterlicher Seite Halbbrüder, von mütterlicher aber nur sonst Seitenverwandte, Hugo im civilist. Magazin Bd. IV. no. VII. u. XVI. — Fritz in Linde's Zeitschrift Bd. XV. S. 27. ꝛc. deducirt, daß selbst die vollbürtige Verwandtschaft eine Art der mehrfachen Verwandtschaft ist, und daß die vollbürtige Seitenverwandt=

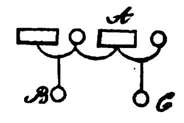
*) Hierher gehören auch die s. g. Wechselheirathen; vergl. l. 10. §. 13. D. 38. 11.

schaft nicht wesentlich verschieden sey von den übrigen Arten der mehrfachen Blutsverwandtschaft.

Zu 15) Indem das durch Eingehung der Ehe zwischen dem Einen Ehegatten und den Verwandten des Andern begründete Verhältniß als Schwägerschaft bezeichnet wird, erhellt der Grund von selbst daraus, daß vermöge der durch die Ehe bewirkten Einheit der Ehegatten, der eine Ehegatte zu den Verwandten des andern in ein der Verwandtschaft ähnliches Verhältniß tritt. In der Regel dauern aber auch ihre Wirkungen nicht über die Dauer der Ehe hinaus; denn schon die lex Julia et Papia Poppaea hat den Grundsatz ausgesprochen: Adfinitas morte divortiove solvitur. Daher l. 3. §. 1. D. 8. 1. sagt: affinitates non eas accipere debemus, quae quondam fuerunt, sed praesentes. Vergl. l. 84. D. 23. 3.

Ausnahmsweise dauern die Wirkungen der Schwägerschaft noch über die Dauer der Ehe hinaus in Ansehung der verbotenen Grade bei Ehen, §. 6. u. 7. J. 1. 10. — l. 14. D. 23. 2. — l. 15. eod., Glück Thl. XXIII. S. 213. u. 248. Aus der vorangesetzten Regel folgt z. B., daß eine Schwägerschaft, welche zur Zeit der Zeugenvernehmung bereits durch den Tod aufgelöst war, keine Exceptionsmäßigkeit der Zeugen begründet, v. Seuffert und Glück Blätter für Rechtsanwendung Bd. III. S. 160.

Zu 16) Nur insofern, als der eine Stiefverwandte Ehegatte des wahren Verwandten des andern wird; daher Stiefeltern und Stiefkinder, oder nach folgendem Schema A und B, aber nicht Stiefgeschwister, comprivigni, B und C mit einander verschwägert sind.



Zu 17) Nein; consanguinei duorum concumbentium non sunt adfines. c. 5. X. 4. 14.

Zu 18) Die Analogie der Verwandtschaft ist hier die Norm, demnach bin ich mit dem einen Ehegatten in dem nämlichen Grade verschwägert, in welchem ich mit dem andern Ehegatten verwandt bin. —

Zu 19) Sowie parentes für die Ascendenten, so werden auch liberi für Descendenten überhaupt (mithin auch für Enkel) genommen, l. 51. l. 220. §. 3. D. de V. S. — l. 4. §. 2. D. 2. 4. — l. 10. §. 9. D. 2. 4. — ebenso unter dem Ausdruck filius auch nepos l. 84. l. 201. 220. D. 50. 16. — l. 41. §. 5. D. de leg. III. (32.) —

l. 59. D. 23. 2. Mehreres hierüber s. d. Kapitel v. Auslegung der Testamente.

Im eingeschränkten Sinn, mithin nicht gleichgeltend mit liberi, wird der Ausdruck filii filiaeve in §. ult. J. 1. 14. u. l. 6. D. 26. 2. nur als specielle Bezeichnung des ersten Grades genommen, daher in jedem Fall nur durch vernünftige Auslegung bestimmt werden kann, ob in einem vorkommenden Rechtsgeschäft dem Ausdruck filii filiaeve auch die weitere Bedeutung liberi beigelegt werden kann, oder nur der erste Grad beabsichtigt sey, l. 220. pr. D. 50. 16. Verschiedene Meinungen s. Kapff merkw. Rechtssprüche Bd. I. S. 83. rc. Hommel Rhaps. Vol. IV. Obs. 563., Leyser Spec. 404. Med. 12. Corr. 3.

Das Wort filii begreift gewöhnlich auch filiae: l. 16. l. 84. D. 50. 16. pr. D. 26. 2., doch ist auch diese Regel unter den ältern römischen Juristen nicht unbestritten gewesen, l. 116. D. de V. S. und nicht auf alle Fälle anwendbar, l. 122. D. eod., niemals gilt umgekehrt, ut filiarum nomine etiam masculi contineantur l. 45. pr. D. de legat. II. (31.)

Zu 20) Das Respectsverhältniß der Kinder zu den Eltern, hiernächst auch der Seitenverwandten, welche zum gemeinsamen Stammvater in entfernterem Grade stehen, gegen Denjenigen, welcher Jenem zunächst steht, z. B. Oheim und Nichte.

---

§. 29.

2. Von juristischen Personen.

a) im Allgemeinen.

1) Welchen Subjecten und Objecten finden wir eine fingirte Persönlichkeit beigelegt?
2) Hat es heut zu Tage noch eine praktische Bedeutung, daß die ruhende Erbschaft auch als eine juristische Person in den römischen Gesetzen bezeichnet wird?
3) Worin liegt die charakteristische Verschiedenheit zwischen der physischen und der juristischen Person?
4) Welche wichtige Folgen entstehen daraus, daß der Regent als juristische angesehen wird?
5) Ist eine juristische Person aller Rechte der physischen Personen fähig?
6) Wie lange dauert bei ihr die servitus ususfructus?

7) Ist eine juristische Person auch eidesfähig und wie ist mit der Eidesleistung zu verfahren?
8) Wer hat insonderheit für den Fiscus den Eid zu leisten?
9) Wodurch hört das Bestehen einer juristischen Person auf, und was sind die Folgen davon bezüglich ihres Vermögens?

Zu 1) Die Persönlichkeit oder die Eigenschaft eines künstlich angenommenen Rechtssubjects findet sich zuweilen:

a) bei einer einzelnen physischen Person, wenn eigentlich nicht diese, sondern ihr ideelles Wesen in Betracht kommt, wie beim Regenten (daher nicht auch bei der Gemahlin des Regenten, l. 57. D. de legat. II. 31.); wohl auch nach Analogie der l. 20. §. 1. D. 33. 1., bei einer Amtsstelle, wenn z. B. ein öffentlicher Beamter eine Jahresrente stiftete, oder eine Amtswohnung legirte, welche jeder Nachfolger im Amt zu genießen haben solle, Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 77. a., v. Savigny System Bd. II. S. 377. Meistens aber ist es

b) eine Einheit mehrerer unter öffentlicher Autorität vereinigter Personen, welche nach ihrem Zweckbegriff aufgefaßt wird, namentlich Gemeinden, Collegien und Corporationen, auch Societäten, welchen diese Eigenschaft besonders beigelegt ist. Indem diese vereinigten Personen zusammengenommen als Rechtssubject gelten, wird dieses auch durch totalen Wechsel der einzelnen Glieder nicht alterirt. Manche gewerbliche Societäten hatten das Recht von Corporationen erhalten, ohne darum den Namen societas aufzugeben, weshalb dann, zur Unterscheidung von diesen corporativen Societäten, die blos contractlichen societates privatae genannt wurden, l. 59. pr. D. 17. 2., auch sodalitates, collegia sodalitia. l. 1. pr. D. 17. 2. — s. überhaupt l. 1. pr. §. 1. D. 3. 4. — l. 22. D. 46. 1. — l. 3. §. 4. D. 37. 1. — l. 31. §. 1. D. 47. 2.

Es kann aber ferner

c) eine eben auch durch ihren Zweckbegriff charakterisirte intellectuelle Einheit von Kräften und Vermögen seyn, wie fiscus*),

---

*) [Warum der Fiskus immer von den Gemeinden getrennt und vom Verfasser gar in dieselbe Klasse mit den piae causae gestellt wird, sehe ich nicht ein. So gut wie die juristische Persönlichkeit der Gemeinde, so beruht auch die des Staats auf einer genossenschaftlichen Grundlage; die Gemeinheit

piae causae (im weiten Sinn), und gemeinnützige Anstalten. Es lag im Interesse des Staats, der solche Institutionen hegt, ihnen auch die Fähigkeit zur Erwerbung von Vermögen beizulegen, und so mußte ihnen nothwendig Persönlichkeit zugeschrieben werden.

Da eine fingirte Person nicht durch eine Privatverfügung entstehen kann, so folgt nothwendig, daß sie nur durch eine allgemeine Gesetzesbestimmung oder durch eine specielle Concession, allenfalls durch thatsächliche Anerkennung der Staatsgewalt zur Entstehung kommen kann; l. 1—3. D. 47. 22. l. 1. pr. §. 1. D. 3. 4.

Zu 2) Wenn von der hereditas jacens auch gesagt ist: personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas, l. 22. D. 46. 1. — l. 15. pr. D. 41. 3. — l. 13. §. 5. D. 43. 24. — l. 15. pr. D. 11. 1. — l. 61. pr. D. 41. 1. — l. 31. §. 1. D. 28. 5. — was eigentlich nur bedeutet, daß die Erbschaft, so lange sie nicht durch Adition an ein bestimmtes physisches Subject übergeht, um nicht herrenlos zu seyn, selbst die Herrin vorstellen oder die Person des Verstorbenen repräsentiren müsse, l. 31. §. 1. D. 28. 5. — pr. J. 3. 17. — §. 2. J. 2. 14. — l. 34. D. 41. 1. — l. 33. §. 2. eod., so ist diese Fiction, — wie v. Savigny a. a. O. Bd. I. §. 102. gründlich erörtert hat, für das heutige Recht ohne zulänglichen Grund, indem blos in der Erwerbungsart durch Sclaven ein wesentliches Bedürfniß dazu lag, welches h. z. T. wegfällt, und durch den Grundsatz, daß Alles, was in der Zwischenzeit vom Tod des Erblassers bis zum Antritt des Erben vorfällt, auf diesen dergestalt bezogen wird, als ob er gleich anfänglich angetreten hätte, l. 193. D. 50. 17. — l. 138. pr. eod. — l. 54. D. 29. 2. — l. 28. §. 4. D. 45. 3. — (was auch von der Usucapion gilt, l. 31. §. 5. l. 40. l. 44. §. 3. D. 41. 3. — l. 30. pr. D. 4. 6.) — ganz überflüssig wird.*)

---

der Gemeindebürger und die der Staatsbürger sind durchaus verwandte Lebensbildungen, aerarium und fiscus homogene Einrichtungen.

Eine weitere Klasse neben den Korporationen und Stiftungsanstalten bilden die Aktienvereine des modernen Rechts, welche etwas von der Stiftung (so namentlich in der Entstehung) und etwas von der Korporation (so namentlich in der Organisation) an sich haben: Die juristische Persönlichkeit der Aktienvereine ist im neuen A. Handels-G.-B. (s. bes. Art. 213.) anerkannt.

Vergl. auch Huller, die juristische Persönlichkeit der katholischen Domkapitel in Deutschland. 1860., Anschütz in Bekker's Jahrbuch Bd. III., Salzmann in den Thüring. Blätt. f. Rechtspfl. 1856. No. 10. und Pözl Zeitschrift f. deut. R. Bd. XVI.]

*) [Diese Ansicht hat im Ganzen nur wenige wirkliche Anhänger gefunden;

Zu 3) Hauptsächlich darin, daß an der juristischen Person die physische Person gar nicht als Substrat der Rechte und Verbindlichkeiten in Betracht kommt; sondern nur dasjenige, als was sie im Begriff erscheint. Die Persönlichkeit ruht nicht auf den Individuen und bei der universitates personarum nicht einmal auf allen einzelnen Mitgliedern, §. 6. J. 2. 1. — l. 6. §. 1. D. 1. 8. — l. 1. §. 15. D. 36. 1. — sondern auf dem idealen Ganzen,*) l. 7. §. 1. D. 3. 4., daher auch zwischen der universitas und ihren Mitgliedern Rechtsverhältnisse so gut entstehen, wie mit Fremden.

Zu 4) In staatsrechtlicher Beziehung, daß die Regierungshandlungen auch den Nachfolger in der Regierung binden; c. 3. de rescr. in Vlto. (1. 3.) in privatrechtlicher Beziehung, daß quod principi relictum est, — wenn es nicht bestimmt auf den Namen des Regenten gestellt ist, s. Schweppe röm. Privatr. Thl. I. §. 77 a., so ausgelegt wird, als sey nicht eben der zur Zeit der Testamentserrichtung regierende, sondern was immer für ein zur Zeit des Legatanfalls herrschender Kaiser gemeint, l. 56. D. de legat. II. 31. — was übrigens begreiflicher Weise von der Gemahlin des Regenten nicht auch gelten konnte, l. 57. D. eod.

Zu 5) Es kann bei ihr nur von Vermögensrechten die Rede seyn, solche kann und darf sie daher auch in gleichem Umfange wie die physischen Personen erwerben und ausüben, l. 122. pr. D. de leg. I. 30. — l. 26. D. 36. 1. — soweit nicht ein Gesetz oder die Natur

---

denn die meisten Rechtslehrer halten an der Persönlichkeit der hereditas jacens als einer unvermeidlichen Konsequenz und unentbehrlichen dogmatischen Voraussetzung fest: so Puchta, Ihering, v. Scheurl, v. Vangerow, Arndts u. A., während einige Andere unter den Neuern (Köppen, Windscheid, Brinz) den Begriff der juristischen Persönlichkeit überhaupt und namentlich von der hereditas jacens abwehren möchten. Vergl. Arndts Pand. §. 41. und 465., Sintenis pr. gem. Civilr. Bd. I. §. 13. Anm. 14. und Bd. III. §. 159. Anm. 16., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 294., Kuntze, Die Oblig. und Singularsucc. S. 380 ff., Demelius, Ueber fingirte Persönlichkeit im IV. Bd. der Jahrbücher von v. Gerber und Ihering. Die ruhende Erbschaft unterscheidet sich allerdings von den im engern Sinne s. g. juristischen Personen, insofern diese eine ideale, vollkommen absolute Vermögensphäre, ein keinem individuellen Leben dienendes Vermögen darstellen, während die ruhende Erbschaft eine relative Vermögensphäre, die bona defuncti darstellt, also durch ihren Rechtsbezug auf ein bestimmtes physisches (freilich nicht mehr in rebus humanis befindliches) Individuum zusammengehalten wird. — Unmittelbar praktische Bedeutung hat diese Lieblingscontrovers der neuern Zeit nicht.]

*) [Man drückt das gewöhnlich so aus: der Zweck sei personificirt.]

der Gemeinheit entgegensteht, l. 1. §. 1. 2. 3. l. 6. §. 8. l. 7. pr. l. 9. D. 3. 4. — l. 27. D. 12. 1. l. 2. D. 41. 2. Der Staat, Stiftungen und Stadtgemeinden können in Testamenten zu Erben eingesetzt werden, andere Corporationen nur, insoweit ihnen das Recht ausdrücklich beigelegt ist, s. Sintenis Civilr. I. S. 114. der II. Aufl., v. Savigny System Bd. II. S. 304. Besondere Vorrechte mehrerer juristischer Personen kommen bei den einzelnen Rechts-Instituten vor.

Daß mancherlei Rechte auf juristische Personen nicht anwendbar sind, z. B. testamentifactio activa, Ehe, väterliche Gewalt, Vormundschaft, Verwandtschaft und das daraus entspringende Intestaterbrecht*) u. dergl. fällt von selbst in die Augen. Bei der serv. usus ist, da sie in dem eigenen persönlichen Gebrauch der Berechtigten besteht, derselbe Fall; v. Savigny a. a. Orte Bd. II. S. 290. — Für piae causae sind die Erwerbungen durch letzte Willensverordnungen sogar erleichtert. Nur hie und da sind die Erwerbungen der todten Hand durch politische und staatswirthschaftliche Verordnungen beschränkt worden.

Zu 6) In der Regel 100 Jahre, weil dies bei physischen Personen als die längste Lebenszeit angenommen ist; l. 56. D. 7. 1. — l. 8. D. 33. 2.

Zu 7) Unbezweifelt, und hat auch in modo keine Schwierigkeit bei der universitas ordinata, indem hier der Eid von den Vorstehern zu leisten ist; l. 97. D. 35. 1. — l. 14. D. 50. 1. — l. 1. §. 1. D. 3. 4. — Hat zufällig der Vorstand oder Magistratsrath, welcher den Proceß führte, nicht unmittelbares Wissen, so hat der Magistrat

*) Successionsrecht aus anderen Gründen ist damit natürlich nicht ausgeschlossen, vielmehr sind nicht nur von dem Fiscus, sondern auch mehreren Corporationen und Collegien Privilegien ertheilt, ihren unbeerbten Gliedern zu succediren, z. B. nach l. 2. C. 6. 61. — u. l. 20. C. 1. 3. — Das Regiment worin ein ohne Erben verstorbener Soldat diente, die Kirche, in deren Dienst ein Geistlicher ohne Erben starb; nach dem Gerichtsbrauch, die Armenhäuser im Vermögen ihrer Beneficiaten, Academien in dem erblosen Vermögen ihrer Professoren und anderer academischer Bürger, s. Höpfner Institutionen-Commentar §. 703., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1429., Koch de succ. ab intest. §. 115. lit. 6. (den Zünften wird gleiches Recht bestritten. Geh. Overbeck Meditat. Bd. VII. med. 393.) Auch das Successionsrecht des socii liberalitatis imperialis, s. Glück Intestaterbfolge §. 146., könnte aus gleichem Grund den juristischen Personen nicht abgesprochen werden, sowie das Successionsrecht ex jure patronatus, oder aus der Verpflegung eines Blödsinnigen; Nov. 115. c. 3. §. 12.

denjenigen oder diejenigen, welche den Eid leisten sollen, aus seiner Mitte zu benennen: Seuffert und Glück Bl. f. Rechtsanw. 1856. S. 43. — Der Landfriede vom J. 1521. VII. 9. bestimmt zwar: der Reinigungseid müsse von $^2/_3$ der Communräthe geleistet werden, dies kann aber wohl nicht als Norm für privatrechtliche Streitigkeiten gelten; s. Reinhardt Handb. d. ordentl. Proceß. II. §. 230. Bei der universitas inordinata hat es größere Schwierigkeiten und die Meinungen darüber sind sehr getheilt. Von der frühern Ansicht, daß juristische Personen allemal den Eid per procuratorem leisten lassen könnten, glauben die Meisten aus dem Grunde abgehen zu müssen, weil das, was bei der einzelnen Person ohne Zustimmung des andern Theils nicht angeht, s. l. 12. §. 4. D. 4. 1. — Nov. 124. c. 1. — auch einer Mehrheit von Personen gelten müsse, und die l. 97. D. 35. 1. nur von einer universitas ordinata spricht. Aus der Verwerfung der obigen Ansicht ist nun ein doppelter Zwiespalt über die Fragen entstanden: wie viele Glieder der universitas zu schwören haben, und wem die Wahl derselben zustehe? Manche statuiren, daß diejenigen Mitglieder schwören sollen, welche die beste Wissenschaft haben, und der Richter in vorkommenden Fällen die Schwörenden zu bestimmen habe; s. Claproth Einleitung in den ordentl. Proceß. Thl. II. §. 333. — Andere räumen dem Gegner der Gemeinheit das Wahlrecht ein, s. Linde im civil. Archiv Bd. X. S. 29. Bd. XIII. S. 151. u. Bd. XV. S. 160. — Mevii Dec. P. IV. no. 161. — Berger Oecon. jur. L. IV. Thl. 25. cap. 1. no. 3. — Leyser Spec. 143. Med. 4. u. 5. — Schaumburg Princ. prax. L. I. Sect. I. Med. 3. §. 21. — Pfotenhauer Doct. proc. P. I. §. 169. — Biener Syst. prax. jud. T. I. §. 101.

Dies ist in der sächsischen Erl. Proc. Ord. Tit. 18. §. 5., desgleichen in der altenburgischen und gothaischen Proc. Ordn. P. I. cap. XV. §. 7. angenommen. Die Inconvenienzen, welche aus dem Wahlrecht des Gegentheils so leicht entstehen, indem dieser aus Absicht oder Ungeschicklichkeit solche Gemeindeglieder auswählt, welche nicht eigenes Wissen haben, suchte das k. sächsische Appellationsgericht durch einen Plenarbeschluß vom 13. December 1828 auf eine mühsame Weise zu heben; s. Langenn u. Kori Erörterungen Thl. II. S. 58., dessen Meinung übrigens, daß, wenn nicht einmal drei Commundglieder erklären, von der Sache etwas zu wissen, wider die Gemeinheit der Nachtheil der Nichtleistung des Haupteids eintrete, mit Grund angefochten ist in Nr. 124. S. 31. der Jenaischen Lit. Zeitg. v. J. 1831; denn die Gemeinde kann ja nichts dafür, wenn ihr der Geg-

ner den Eid über Dinge zuschiebt, die sie nicht weiß, und das juramentum ignorantiae hebt den Verdacht, daß das Nichtwissen etwa nur affectirt sey.

Manche unterscheiden zwischen richterlich auferlegten und deferirten Eiden, und wollen bei jenen der Gemeinheit, bei diesen deren Gegner das Wahlrecht einräumen; s. Hommel Rhaps. Vol. I. Obs. 30., Klein merkw. Rechtssprüche Bd. II. no. 4. S. 55. — Ueberwiegend ist jedoch die der Natur einer universitas angemessenste Meinung, für welche sich die Praxis entschieden hat, daß der Eid von einigen Gliedern der Gemeinheit — gewöhnlich dreien (obwohl sogar beim Calumnieneid l. 2. §. 5. in f. C. 2. 59. sagt: vel a plurima parte vel idonea) zu leisten und diese von der Gemeinheit selbst zu wählen seyen; s. Seuffert u. Glück Blätter für Rechtsanwendung B. III. S. 49. u. 256., Glück Thl. XII. §. 795. S. 222., Thibaut P. R. §. 1156., Danz ordentl. Proceß §. 369. not. e., Martin Lehrbuch des bürgerl. Proc. §. 215., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 4522. not. l., v. Gönner Rechtsfälle Bd. III. no. 32. §. 15., Gensler Commentar zu Martin Bd. II. §. 213. S. 12., Stryk de caut. juram. P. II. Sect. I. C. 4. no. 432., Allgem. jurist. Zeitung v. Elvers u. Bender v. J. 1829. no. 30. S. 117. Auch Reinhardt Handb. d. ordentl. Proc. II. §. 230. scheint im Grunde derselben Meinung. Zu vergleichen ist Deurer im civilist. Archiv Bd. XXV. S. 208., Richter Aufsätze über versch. Rechtsfragen S. 88., besonders mit Beziehung auf l. 97. D. 35. 1.

Huß im civilistischen Archiv Bd. XV. S. 147. stellt folgende Grundsätze auf: eigentlich müßte die Mehrzahl einer Gemeinde schwören, weil diese nur durch die Mehrheit zu handeln vermag (was wenigstens von der Curio, oder dem ordo ausdrücklich in den Gesetzen gesagt ist, l. 46. C. 10. 31. — l. 19. D. 50. 1. — l. 2. l. 3. C. 10. 33. — l. 19. pr. D. 26. 5.) — Da aber der allgemeine Gerichtsbrauch sich dafür entschieden hat, daß die Eidesleistung durch Einzelne für die Gemeinheit, mithin durch Vertretung geschehen könne, so folge von selbst, daß die Wahl der Vertreter nur von der zu vertretenden Gemeinheit ausgehen könne, welche als mandans erscheine und auch den Eid zu verantworten habe.

Gegründete Exceptionen gegen die Gewählten, und dadurch motivirte Gegenvorschläge sind damit nicht ausgeschlossen, welchenfalls der Richter zu entscheiden hat, s. Glück Thl. XII. S. 222.*) Eine

*) Beiläufig mag hier die Frage nicht unberührt bleiben, wie sich der Einfluß der Streitgenossenschaft auf den Beweis durch Eideszuschiebung

weitere Frage entsteht dann, wenn von den drei vorgeschlagenen Schwurmännern hinterher Einer den Schwur verweigert, darüber, ob nun der Eid von der Gemeinde als verweigert anzusehen sey, oder ob die anderen Beiden zum Schwur zu admittiren seyen, und deren Eid als Eid der Gemeinde gelte? Es ist hier wohl der von Röder im civilist. Archiv. Bd. XXX. S. 42. entwickelten und von dem O.-A.-G. in Darmstadt angenommenen Entscheidung dahin beizustimmen, daß dann der Eid für verweigert angenommen werden müsse. — Vorausgesetzt wird, daß die Sache nicht mehr im Stadium des Productionsverfahrens stehe, während dessen das Wahlgeschäft noch in den Händen der Gemeinde liegt. Wenn aber einmal rechtskräftig bestimmt ist, daß die Gemeinde durch die dazu in der vom Gericht bestimmten Zahl ernannten Glieder den Eid abzuleisten habe, so braucht der andere Theil es sich weder gefallen zu lassen, daß andere als die von ihm bereits anerkannten Individuen, oder gar nur 2 statt 3 den Eid ablegen. Eine Majorität mit 2 gegen 1 kann hier nicht in Betracht kommen; denn nur in Willenshandlungen kann durch die Mehrheit der Gesammtwille der Gemeinde dargestellt werden, aber nicht im Wissen und Glauben von Thatsachen. Die ernannten Schwurdeputirten bilden eine unzerreißbare Einheit. Wenn man hiernächst die 3 ernannten Schwurmänner als Zeugen für die Wahrheit des zu beweisenden Satzes betrachten darf, so müßte sich

---

gestalte? Handelt es sich um ein getheiltes Interesse, so kann die blos processualische Verbindung der Einzelnen keine besondere Folge haben. Schwierigkeiten zeigen sich nur:

a) wenn die Streitgenossen in solidum berechtigt oder verpflichtet sind;
b) wenn der Streitgegenstand ein untheilbarer ist, z. B. eine Servitut.

Zu a)

Wenn einer der mehreren correi stipulandi den Schuldner auf das Ganze in Anspruch nimmt, diesem den Eid anträgt, und dieser denselben leistet, so müssen sich auch die übrigen correi stipulandi es gefallen lassen. So auch umgekehrt: wenn ein Gläubiger gegen einen von mehreren correis promittendi auf Zahlung des Ganzen klagt, dieser den Eid annimmt und auch schwört, so sind dadurch auch alle übrigen correi promittendi von der angeforderten Schuld frei, l. 28. pr. u, §. 3. D. 12. 2., Glück Thl. XII. S. 277.

Zu b)

Wenn der Streitgegenstand untheilbar ist, so müssen sich alle Consorten, deren Interesse untheilbar ist, wenn ihnen der Eid zugeschoben ist, zu einer einförmigen Erklärungsart vereinigen, indem die mehreren physischen Personen hier nur Eine processualische Person ausmachen, und eben so können Streitgenossen untheilbaren Interesses sich nur vereint des Eidesantrags bedienen; s. Höpfner Beiträge Bd. II. S. 77.; vergl. Reinhardt Handbuch d. Proc. §. 245., Seuffert im civilist. Archiv Bd. III. S. 211.

Einer pro und Einer contra gegenseitig heben, und es bliebe dann gar nur ein günstiger Zeuge für die Gemeinde übrig. Unbegreiflich ist es demnach, wie Arnold über Eidesleistung durch Stellvertreter im Civilproceß §. 109. behaupten mochte, daß wenn auch nur Einer der Schwurmänner für die Gemeinde schwöre, die Mehrheit aber zu schwören sich weigere, sogar bei ausdrücklicher Erklärung der Weigernden, daß sie das Gegentheil des zu Beschwörenden bestimmt wissen, dennoch die Gemeinde obsiegen müsse.

Umgekehrt und beifallswürdiger wird in Bülow und Hagemann's pr. Erörter. Bd. III. S. 141. statuirt: Die Gemeinde hat diejenigen, und vorzüglich die ältesten Glieder zu wählen, welche für sie den ihr deferirten Eid leisten sollen; schützen aber diese Unwissenheit vor, so käme es darauf an, ob die Mehrheit der Gemeinde, von welcher wenigstens $^2/_3$ zum desfallsigen Beschluß concurriren müssen, sich zur Ableistung des Eides oder dagegen erklärt, welch' letzteren Falles der Eid pro recusato anzunehmen wäre.

Zu 8) In der Regel der Fiscal, doch kann auch der Fiscus die Kundigsten wählen, s. Blätter f. Rechtsanw. Bd. II. S. 98—100.

Die Verfassung des Fiscus, welche dem öffentlichen Recht angehört, wird gewöhnlich die Norm darbieten; daß der fiscalische Beamte nicht indirect oder eventuell in der Sache interessirt seyn dürfe, versteht sich wohl von selbst; s. Zu-Rhein merkw. Rechtsfälle Bayerns Bd. I. Nr. 361.

Zu 9) Gleichwie das Entstehen einer juristischen Person auf zwei Factoren, 1) Vereinigung mehrerer Personen zu ihrer Bildung, oder Bestimmung einer gewissen Vermögensmasse zu dem fraglichen Zweck 2) Genehmigung und Anerkennung — nicht bloße Duldung — der Staatsgewalt beruht, s. Sintenis pr. gem. Civilr. Bd. I. §. 15. S. 107. der II. Aufl. — so bringt auch das Hinwegfallen einer oder der andern Grundbedingung den Untergang der juristischen Person mit sich. Ohne Genehmigung der Regierung kann eine juristische Person eben so wenig verschwinden, als entstehen.*) Auch der Tod des letzten Mitglieds löst daher die universitas dann nicht auf, wenn ihr ein dauernder Zweck von öffentlichem Interesse zum Grunde liegt; v. Savigny System Bd. II. S. 280., Sintenis a. a. O. S. 111. Beruhte die Gründung der universitas auf einer allgemeinen Rechtssatzung, so kann die Staatsgewalt sie nicht willkürlich aufheben, s. Puchta im Rechtslex. Bd. III. S. 72.; beruhte sie auf be-

*) Sie kann auch nur unter landesherrlicher Genehmigung Statuten errichten; s. Glück Thl. I. §. 89.

sonderer Concession, so treten die Grundsätze über Widerruf der Privilegien ein. — Was für eine Folge die Aufhebung der universitas für ihr Vermögen habe, ist eine weitere Frage. Die einzelnen Glieder können dasselbe nicht ansprechen, weil sie ja auch vorher nicht das Vermögens=Subject waren,*) [Seuffert's Archiv X. no. 225.] daher Puchta a. a. O. dasselbe als bonum vacans dem Staat heimfällig betrachtet. Dies ist aber nur in so weit unbestreitbar, als der Zweck der universitas das öffentliche Interesse berührte; denn in diesem Falle hat der Staat das Recht der Beaufsichtigung des Vermögens,**) und zum Widerspruch, wenn sich Dritte desselben bemächtigen wollen. Entgegengesetzten Falles aber hat der Staat nicht mehr Recht daran als jeder Andere, s. Sintenis Civilr. Bd. I. S. 142., daher auch Mackeldey im Lehrb. Thl. I. §. 143. u. Marezoll in Löhr's Magazin Bd. IV. S. 207. annimmt: bei Privatgemeinheiten falle das Vermögen den letzten Mitgliedern anheim. [Vergl. Seuffert's Archiv XIII. no. 207.]

---

§. 30.

b) Von Gemeinden.

1) Was wird vorausgesetzt, um als Gemeindeglied zu gelten — und kann Jemand Mitglied mehrerer Gemeinden seyn?
2) Sind die Gemeinheiten berechtigt, sich ein eigenes Siegel beizulegen?
3) Kann ein der Gemeinheit zustehendes Recht auch von einzelnen Gliedern derselben verfolgt werden?
4) Sind alle Handlungen der Vorsteher oder Vertreter ohne Unterschied für sämmtliche Mitglieder verbindend? insbesondere auch Darlehnsaufnahmen?
5) Welchen Grad der culpa haben die Vorsteher einer Gemeinheit zu prästiren?
6) Wenn der Vorsteher mehrere sind, haftet da Einer für den Andern?
7) Welche Verbindlichkeit haben die Einzelnen gegen die Gemeinheit?
8) Sind die durch Stimmenmehrheit gefaßten Gemeindebe-

---

*) Was von collegiis illicitis, die ja keine juristische Persönlichkeit haben, in l. 3. pr. D. 47. 2. gesagt ist, paßt eben darum nicht hieher.

**) Die sehr häufige Annahme einer Obervormundschaft anstatt eines Oberaufsichtsrechts des Staats führt zu irrigen Folgerungen; s. Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. I. §. 122. (111.)

schlüsse in allen Fällen unbedingt für alle Gemeindeglieder verbindend? z. B. auch über Rechte, welche Einzelne von der universitas ableiten? oder auch über die Theilung und die Art oder das Verhältniß der Theilung der Gemeindegüter?

9) Unter welchen Voraussetzungen kann zur Theilung der Gemeindegüter geschritten werden, und wie ist die Theilung vorzunehmen?

10) Haben alle Gemeinden jura minorum?

Zu 1) Früher genügte es, wenn ein Subject von Eltern abstammte, welche zur Zeit, da es geboren ward, cives waren; auch konnte man Mitglied mehrerer städtischer oder anderer Gemeinden seyn, l. 1. pr. l. 15. §. 3. l. 17. §. 9. D. 50. 1., wie auch in der k. preußischen Städteordnung §. 24.—26. §. 28. (Brackenhöft im Rechtslex. Bd. IV. S. 507.) gestattet ist. H. z. T. ist es gewöhnlich ein besonderer Aufnahmsact, welcher die Eigenschaft eines Gemeindeglieds verleiht. Ueberhaupt beruhen die Verhältnisse der Civität, Heimathsberechtigung, Schutzverwandten, Insassen rc. wohl durchaus auf den Particulargesetzgebungen der deutschen Staaten.

Zu 2) Abgesehen von particularrechtlichen Bestimmungen ist dies zu bejahen; s. Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. I. §. 197. no. 4., Thibaut Pand. R. §. 221. A. M. ist jedoch Gossel Comm. de eo, quod justum est circa sigilla universitatis. Lips. 1750.

Zu 3) In der Regel wohl nicht, insbesondere nicht in Ansehung des Gemeindevermögens (patrimonium universitatis). An den rebus universitatis aber können durch Ueberlassung des Gebrauchs auch den Gemeinheitsgliedern besondere Rechte erwachsen, deren Verfolgung und Vertheidigung alsdann ihnen zusteht. Das Grundeigenthum einer Corporation kann nämlich benützt werden entweder zu den Zwecken der Corporation (wie das Kämmereivermögen), oder zu den Zwecken der einzelnen Mitglieder (Bürgervermögen), z. B. ein Bürgerwald, dessen Holz jährlich unter die Bürger vertheilt wird; oder in gemischter Weise, wenn nämlich die Einzelnen für ihre Benützung eine mäßige Abgabe an die Corporationskasse leisten. In allen und also auch in solchen Fällen, wo die Ausübung und Benützung eines Rechts den einzelnen Gemeindegliedern zusteht, bleibt die Gemeinde als juristische Person Eigenthümerin, s. Kori Erörter. Bd. II. S. 1. und ist als das eigentliche Rechtssubject legitimirt, wenn es sich um das

Recht selbst, um ein jus perpetuum handelt, dessen Vortheile nicht nur den gegenwärtigen, sondern auch den künftigen Gemeindegenossen zu Gute kommen, welche außerdem gar nicht vertreten wären, s. Erk. d. O. Trib. in Stuttgart in Seuffert's Archiv Bd. VI. H. 3. S. 435. Sie ist es auch, in deren Namen das letzte Mitglied der so weit abgestorbenen Corporation noch im Proceß zu agiren hat; v. Savigny System Bd. II. S. 276. u. 280. Anders ist es, wenn der Einzelne aus Verträgen mit der Gemeinde oder aus besonderen Gründen etwas erworben hat, was er dann nicht als Gemeindeglied, sondern als eigenes Rechtssubject besitzt; s. Thibaut civilist. Abh. no. 8.

Genau betrachtet müssen in Hinsicht des Subjects drei Klassen von Rechtsverhältnissen unterschieden werden:

a) solche, die sich auf die Gemeinde als juristische Person beziehen;

b) solche, die auf die Gemeindeglieder in ihrer Eigenschaft als solche Bezug haben;

c) die reinen Privatrechte der Mitglieder.

Die Ersteren (lit. a.) anlangend, hat der Einzelne kein Recht an ihnen, ihretwegen kann nur das Ganze klagen und belangt werden; die rücksichtlich ihrer gesprochene res judicata wirkt unmittelbar nur für und gegen das Ganze als solches; l. 6. §. 1. D. 1. 8. — l. 10. §. 4. D. 2. 4. — l. 7. pr. §. 1. D. 3. 4. — l. 1. §. 15. D. 36. 1. — l. 1. §. 7. D. 48. 18.

Die dritte Klasse (lit. c.) beschränkt sich auf die Einzelnen als solche, an ihnen hat die juristische Person der Gemeinde keinen Theil, nur die Einzelnen können wegen derselben klagen und belangt werden.

Es gibt aber auch:

(lit. b.) solche Rechte, welche den Gliedern nicht als Privatpersonen, sondern nur als Gemeindeglieder gebühren, und diese sind wieder von doppelter Beschaffenheit:

1) solche, die von der juristischen Person der Gemeinde abgeleitet werden, anomale jura in re aliena, wie die Nutzungen der Gemeinweide und dergl. l. 6. D. 18. 1. — l. 2. §. 2. D. 43. 8. — Wegen Verletzung dieser Rechte durch Dritte kann theils von den Einzelnen, theils vom Ganzen geklagt werden; die im letztern Falle gesprochene res judicata wirkt auch für und gegen die Einzelnen; und im ersten Falle wirkt dieselbe für und gegen das Ganze, sofern es von dem Processe unterrichtet war; arg. l. 63. D. 42. 1.;

2) solche, die auf dem Gemeindeverbande beruhen, wie das den

Gemeindegliedern auf einer benachbarten Flur zustehende Triftrecht, und umgekehrt, Lasten, die auf dem Gemeindeverbande beruhen, wie das auf einer Flur haftende Triftrecht der Gutsherrschaft. Solche Rechte und Lasten scheinen sich, weil sie äußerlich den Gliedern gebühren und gegen sie gerichtet sind, nur auf sie zu beziehen und deshalb keine Gemeindesache zu seyn. Näher betrachtet haben sie aber eine doppelte Natur. Ihrem Grundgedanken und ihrer geschichtlichen Entstehung nach gebühren sie der Gemeinde als solcher, z. B. rücksichtlich der gesammten Flur, äußerlich sind sie aber auf die Einzelnen vertheilt. Aus dem letzteren Standpunkte sind sie auf dem Gemeindeverbande beruhende Rechte und Lasten der Einzelnen, aus dem ersten Standpunkte des Ganzen. Wegen ihrer können daher die Einzelnen klagen und belangt werden; beides kann aber auch von der und gegen die Gemeinde geschehen, wo es sich um das Recht und die Last Aller handelt, die dann wegen des bemerkten Grundverhältnisses von ihr vertreten werden. Die Praxis hat daher solche Rechtsverhältnisse von jeher mit gutem Grunde zugleich als Gemeindesache aufgefaßt; Leyser Sp. 453. Med. 8., Kind Qu. for. T. III. c. 96., Seuffert's Archiv X. no. 190 (Realgemeinde).

Da nun in einem solchen Falle die Gemeinde die Einzelnen vertritt,*) so versteht es sich, daß die im Proceß mit ihr ergangene res judicata auch für und gegen die Einzelnen wirken muß; s. Erkenntn. d. O.-A.-G. in Jena in Emminghaus Pand. d. g. Sächs. Rechts S. 213., vergl. Seuffert und Glück Bl. f. R.-A. Bd. IV. S. 1. Bd. VII. S. 254. Bd. IX. S. 224. Bd. X. S. 320. Bd. XI. S. 331. Bd. XV. S. 13. und 251.

Aus dem Unterschied zwischen der Gemeinde als juristischer Person und den Einzelnen, welche sie constituiren, folgt auch, daß eine Gemeinde, welche gegen eine andere Gemeinde klagt, auch aus letzterer Zeugen vorschlagen kann; s. Albrecht Entscheid. merkw. Rechts-

---

*) Es kann aber auch vorkommen, daß die Gemeinde als solche die Vertretung des streitigen Rechtsverhältnisses zu übernehmen sich weigert. Daß sie desfalls zur Uebernahme nicht rechtlich gezwungen werden könne, hat das O.-A.-G. in München in dem Falle ausgesprochen, wo es sich um ein Novalzehentrecht von mehreren seit vielen Jahren cultivirten Grundstücken handelte, welche früher ein der Gemeinde gehöriger Weideplatz waren, und sodann unter die einzelnen Gemeindeglieder zum Zwecke der Cultur als privates Eigenthum vertheilt wurden; s. Bl. f. R.-A. Bd. 17. S. 10.

fälle Bd. III. S. 305., welche auch vom Zwang zur Zeugschaft nicht ausgenommen zu werden verlangen können, si veritas aliter haberi nequit. Leyser Sp. 283. Med. 27., Claproth Einl. zum bürgerl. Proc. Thl. 2. Hptst. 17. §. 263.

Zu 4) Die Mitglieder müssen in der Regel haften; l. 9. §. 1. D. 4. 2. sofern nicht die Vorsteher allein und für sich gehandelt haben; auth. item nulla commun. C. de episc. et cleric. (1. 3.) — l. 15. §. 1. D. 4. 3. — c. 5. in Vlto de sentent. (4. 11.) denn diesfalls findet nur in so weit, als die Vorsteher oder Vertreter in den Grenzen ihres Amtes gehandelt haben, oder eine versio in rem bewirkt worden ist, eine Verbindlichkeit der Uebrigen statt; l. 27. D. 12. 1. — Nov. 120. c. 6. §. 3. — So haften sie auch für die von ihren Vorstehern contrahirten Anlehen nur in so weit, als der Darleiher die Verwendung in dem gemeinen Nutzen beweisen kann; l. 27. D. 12. 1. — c. 1. X. de depos. (3. 16.), Glück Thl. XII. §. 782. S. 48. ꝛc.

Zu 5) Omnem culpam; l. 6. D. 50. 8. — Doch haften die Erben nur de culpa lata, wenn nicht bei Lebzeiten des Erblassers lis contestirt war; l. 4. l. 6. D. 27. 8. — l. 17. C. 2. 19.

Zu 6) Dies hängt zunächst davon ab, ob nach der bestehenden Einrichtung und Verfassung, an welcher die Vorsteher willkürlich nichts ändern dürfen, l. 2. §. 8. D. 50. 8., den Andern eine Verletzung oder Vernachlässigung ihrer Amtspflicht zur Last fällt; l. 1. D. 27. 8. — l. 14. D. 26. 7. — l. 9. §. 8. D. 50. 8. In diesem Fall können sie wie correi debendi auf das Ganze belangt werden, l. 11. pr. D. 50. 1. — Doch haben sie das beneficium excussionis et divisionis.

Zu 7) Sie sind bis zu 70jährigem Alter zu Dienstleistungen und fortwährend zur Theilnahme an den Lasten der universitas l. 9. D. 50. 4. — durch Geldbeiträge verbunden, daher sind auch die später eintretenden Glieder zur Tilgung der früher contrahirten Schulden verpflichtet. — Denn gleichwie sie an den durch ihre Vorgänger erworbenen Vortheilen Theil nehmen, müssen ihnen gleichmäßig die von jenen contrahirten Verbindlichkeiten zur Last fallen; G. L. Böhmer's Rechtsfälle Bd. I. no. 14. [Die Anwendung des Röm. Rechts in diesen dem jus publicum angehörigen Fragen ist mindestens bedenklich.]

Zu 8) Es ist von den meisten Rechtslehrern anerkannt, daß der

Stimmenmehrheit*) eine unbeschränkte Allmacht nicht beigelegt werden könne. Corporationen befinden sich in dem bei andern Unmündigen nicht so leicht eintretenden oder wenigstens in seinen Folgen leicht zu verhütenden Fall, daß sie gerade durch diejenigen vertreten werden, deren Privatinteresse mit dem nicht allein für die Gegenwart, sondern auch für die Zukunft zu bemessenden Interesse der Gemeinheit oft geradezu collidiren. — Deshalb muß das Schutz- und Aufsichtsrechts der Regierung hier in Mitte treten, was besonders durch genaue Prüfung und Normirung der Statuten geschehen kann. Abgesehen hiervon muß man zwei Hauptpunkte festhalten:

1) daß Gemeindebeschlüsse, selbst durch Einstimmigkeit erzeugt, dennoch nicht verbinden, wenn das Interesse des Staates verletzt oder auch der Ruin der Gemeinheit selbst dadurch herbeigeführt wird; s. Thibaut a. a. O. S. 395. u. 397. und dessen System des Pandectenr. §. 132.
2) Ueber die Nutzungsrechte der Einzelnen kann ein Gemeindebeschluß per majora keine entscheidende Wirkung haben, s. Eichhorn deutsch. Privatr. §. 372. rc., v. Savigny a. a. O. S. 331., da auf solche Weise jura singulorum verletzt würden, was nie geschehen darf; l. 19. D. 50. 1. — l. 160 §. 1. D. de R. J. 50. 17. Damit stimmt auch Thibaut in den civilist. Abhandl. no. 8., jedoch mit der Einschränkung überein, wenn die von der Gemeinheit abgeleiteten Rechte nicht etwa solche sind, welche alle Gemeindeglieder in gleicher Art genießen; s. dagegen v. Savigny System Thl. II. §. 96. rc. Daher kann auch bei der Gemeintheilung, vorausgesetzt auch, daß sie der Verfassung und dem Zwecke der universitas nicht entgegen ist, doch die quaest. an et quomodo? durch Gemeindebeschlüsse nicht

---

*) Gewöhnlich erfordert man bekanntlich, daß sämmtliche Gemeinglieder geladen, von diesen $^2/_3$ erschienen, und von diesen die Mehrzahl consentirend gewesen; Gengler im Lehrb. d. deutsch. Privatr. S. 139. hält es für rationeller, die Rechtsbeständigkeit eines Gemeindebeschlusses von der Zustimmung der absoluten Majorität aller Gemeindeglieder abhängig zu machen. l. 160. §. 1. D. de R. J. — l. 17. cap. 1. 3. 4. X. de his quae fiunt a majore parte. 3. 11. und fordert sogar Einstimmigkeit in folgenden Fällen: 1) wenn die Gemeindegenossen neue, bisher ihrem Communalverhältnisse fremd gewesene Lasten übernehmen sollen; 2) wenn die Aufhebung sogenannter jura singulorum, d. i. Gemeindevortheile, in deren Genusse sich bis dahin alle einzelnen Mitglieder befunden hatten, in Frage steht (s. auch Seuffert's Archiv Bd. I. no. 1. u. Nachtrag S. 151 no. 313. 404. Bd. II. no. 258.) endlich 3) wenn man das ganze Corporationsverhältniß aufzulösen beabsichtigt.

fälle Bd. III. S. 305., welche auch vom Zwang zur Zeugschaft nicht ausgenommen zu werden verlangen können, si veritas aliter haberi nequit. Leyser Sp. 283. Med. 27., Claproth Einl. zum bürgerl. Proc. Thl. 2. Hptst. 17. §. 263.

Zu 4) Die Mitglieder müssen in der Regel haften; l 9. §. 1. D. 4. 2. sofern nicht die Vorsteher allein und für sich gehandelt haben; auth. item nulla commun. C. de episc. et cleric. (1. 3.) — l. 15. §. 1. D. 4. 3. — c. 5. in Vlto de sentent. (4. 11.) denn diesfalls findet nur in so weit, als die Vorsteher oder Vertreter in den Grenzen ihres Amtes gehandelt haben, oder eine versio in rem bewirkt worden ist, eine Verbindlichkeit der Uebrigen statt; l. 27. D. 12. 1. — Nov. 120. c. 6. §. 3. — So haften sie auch für die von ihren Vorstehern contrahirten Anlehen nur in so weit, als der Darleiher die Verwendung in dem gemeinen Nutzen beweisen kann; l. 27. D. 12. 1. — c. 1. X. de depos. (3. 16.), Glück Thl. XII. §. 782. S. 48. ꝛc.

Zu 5) Omnem culpam; l. 6. D. 50. 8. — Doch haften die Erben nur de culpa lata, wenn nicht bei Lebzeiten des Erblassers lis contestirt war; l. 4. l. 6. D. 27. 8. — l. 17. C. 2. 19.

Zu 6) Dies hängt zunächst davon ab, ob nach der bestehenden Einrichtung und Verfassung, an welcher die Vorsteher willkürlich nichts ändern dürfen, l. 2. §. 8. D. 50. 8., den Andern eine Verletzung oder Vernachlässigung ihrer Amtspflicht zur Last fällt; l. 1. D. 27. 8. — l. 14. D. 26. 7. — l. 9. §. 8. D. 50. 8. In diesem Fall können sie wie correi debendi auf das Ganze belangt werden, l. 11. pr. D. 50. 1. — Doch haben sie das beneficium excussionis et divisionis.

Zu 7) Sie sind bis zu 70jährigem Alter zu Dienstleistungen und fortwährend zur Theilnahme an den Lasten der universitas l. 9. D. 50. 4. — durch Geldbeiträge verbunden, daher sind auch die später eintretenden Glieder zur Tilgung der früher contrahirten Schulden verpflichtet. — Denn gleichwie sie an den durch ihre Vorgänger erworbenen Vortheilen Theil nehmen, müssen ihnen gleichmäßig die von jenen contrahirten Verbindlichkeiten zur Last fallen; G. L. Böhmer's Rechtsfälle Bd. I. no. 14. [Die Anwendung des Röm. Rechts in diesen dem jus publicum angehörigen Fragen ist mindestens bedenklich.]

Zu 8) Es ist von den meisten Rechtslehrern anerkannt, daß der

Stimmenmehrheit *) eine unbeschränkte Allmacht nicht beigelegt werden könne. Corporationen befinden sich in dem bei andern Unmündigen nicht so leicht eintretenden oder wenigstens in seinen Folgen leicht zu verhütenden Fall, daß sie gerade durch diejenigen vertreten werden, deren Privatinteresse mit dem nicht allein für die Gegenwart, sondern auch für die Zukunft zu bemessenden Interesse der Gemeinheit oft geradezu collidiren. — Deshalb muß das Schutz- und Aufsichtsrechts der Regierung hier in Mitte treten, was besonders durch genaue Prüfung und Normirung der Statuten geschehen kann. Abgesehen hiervon muß man zwei Hauptpunkte festhalten:

1) daß Gemeindebeschlüsse, selbst durch Einstimmigkeit erzeugt, dennoch nicht verbinden, wenn das Interesse des Staates verletzt oder auch der Ruin der Gemeinheit selbst dadurch herbeigeführt wird; s. Thibaut a. a. O. S. 395. u. 397. und dessen System des Pandectenr. §. 132.

2) Ueber die Nutzungsrechte der Einzelnen kann ein Gemeindebeschluß per majora keine entscheidende Wirkung haben, s. Eichhorn deutsch. Privatr. §. 372. rc., v. Savigny a. a. O. S. 331., da auf solche Weise jura singulorum verletzt würden, was nie geschehen darf; l. 19. D. 50. 1. — l. 160 §. 1. D. de R. J. 50. 17. Damit stimmt auch Thibaut in den civilist. Abhandl. no. 8., jedoch mit der Einschränkung überein, wenn die von der Gemeinheit abgeleiteten Rechte nicht etwa solche sind, welche alle Gemeindeglieder in gleicher Art genießen; s. dagegen v. Savigny System Thl. II. §. 96. rc. Daher kann auch bei der Gemeintheilung, vorausgesetzt auch, daß sie der Verfassung und dem Zwecke der universitas nicht entgegen ist, doch die quaest. an et quomodo? durch Gemeindebeschlüsse nicht

*) Gewöhnlich erfordert man bekanntlich, daß sämmtliche Gemeinglieder geladen, von diesen ²/₃ erschienen, und von diesen die Mehrzahl consentirend gewesen; Gengler im Lehrb. d. deutsch. Privatr. S. 139. hält es für rationeller, die Rechtsbeständigkeit eines Gemeindebeschlusses von der Zustimmung der absoluten Majorität aller Gemeindeglieder abhängig zu machen. l. 160. §. 1. D. de R. J. — l. 17. cap. 1. 3. 4. X. de his quae fiunt a majore parte. 3. 11. und fordert sogar Einstimmigkeit in folgenden Fällen: 1) wenn die Gemeindegenossen neue, bisher ihrem Communalverhältnisse fremd gewesene Lasten übernehmen sollen; 2) wenn die Aufhebung sogenannter jura singulorum, d. i. Gemeindevortheile, in deren Genusse sich bis dahin alle einzelnen Mitglieder befunden hatten, in Frage steht (s. auch Seuffert's Archiv Bd. I. no. 1. u. Nachtrag S. 151 no. 313. 404. Bd. II. no. 258.) endlich 3) wenn man das ganze Corporationsverhältniß aufzulösen beabsichtigt.

anders als nach vorgängig verhältnißmäßiger Entschädigung für früher bestandene ungleiche Nutzungsrechte entschieden werden; s. Thibaut a. a. O., insbesondere muß, um nicht jura singulorum zu verletzen, darauf gesehen werden, wo das Vermögen herrührt, und wie es erworben worden; s. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Thl. I. S. 177.

Zu 9) Die in der vorigen Note berührte Meinung, daß alle Gemeindeglieder in die Theilung willigen müßten; s. Runde Beitr. zur Erörter. rechtl. Gegenstände Bd. I. no. 1., sowie jene, daß jedes Gemeindeglied die Theilung fordern könne; Krüll Prüfung einzelner Theile des bürgerl. Rechts Bd. II. no. 1 muß wohl der herrschenden Meinung weichen, welche zu diesem Act der Veräußerung von Seite der universitas an die Einzelnen eben das erfordert, was zu jeder andern Veräußerung von Gemeindegütern verfassungsmäßig erforderlich ist; unbeschadet landespolizeilicher Bestimmungen, welche hier eine Beschränkung herbeiführen können, insbesondere bei Waldtheilungen. Nach dem Willen von etlichen Leuten eine solche Theilung von Wäldern und Weiden vorzunehmen, hat schon das Kaiserrecht II. 56. untersagt. — Der gerechteste Maßstab der Theilung ist ohne Zweifel das bisherige Verhältniß des Genusses; s. Eichhorn deutsch. Privatr. §. 373.

Zu 10) Ein Gesetz, daß alle Gemeinden jura minorum haben, somit auch Dorfgemeinden, gibt es im römischen Recht nicht, daher nur Landesgesetze und Herkommen auch letztere dazu berechtigen können. Indeß hat die Praxis die jura minorum auf alle Gemeinden ausgedehnt, wie bereits im vorigen Kap. IV. §. 24. Fr. 13. bemerkt worden ist; s. Glück Thl. II. §. 465., Burchardi Wiedereinsetzung in den vor. Stand S. 258., Mittermaier deutsch. Privatr. §. 122. (§. 111.)

---

§. 31.

c) Von Corporationen und Collegien.

Indem Alles, was von einer fingirten Persönlichkeit [im Allgemeinen] gilt, auch hier in Anwendung kommt, beschäftigen uns hier nur folgende Fragen:

1) Welche Zahl von Gliedern wird zur Constituirung eines Collegiums erfordert, und wie weit kann es sich fortsetzen?

2) Hat es die Gewalt, einzelne Glieder auszuschließen?
3) Haben alle Collegien und Societäten die Rechte einer Person?
4) Was ist für ein Hauptunterschied in Ansehung der Verfassung oder des Organismus der Corporationen und Gemeinheiten zu beobachten?
5) Welche Zahl gegenwärtiger Mitglieder wird zu gültigen Gemeinheits- oder Collegialbeschlüssen erfordert?
6) Ist jedes Mitglied einer Corporation in deren Angelegenheiten allemal mitzustimmen berechtigt? Kann es zu Corporationsämtern sich selbst und seinen Verwandten seine Stimme gültig geben?
7) Inwiefern haften die Einzelnen für die Schulden der Gesammtheit?
8) Kann eine Gemeinheit auch eines Delicts schuldig werden, und kann ein Delict gegen sie begangen werden?

Zu 1) Die Zahl drei: l. 85. D. 50. 16. — Doch gilt diese Zahl nur als Bedingung seiner Entstehung, denn fortdauern kann es auch noch in einem einzigen Mitglied, l. 7. §. 2. D. 3. 4. — und kann bis auf den letzten Mann neue Glieder aufnehmen; l. 7. §. 2. D. 3. 4. — l. 85. D. 50. 16. —

Zu 2) Nur dann, wenn diese Befugniß entweder vertragsmäßig besteht, oder die Gemeinheit mit Jurisdiction bekleidet ist; Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. I. §. 197.

Zu 3) Das bloße Erlaubtseyn einer Verbindung zu stabilen Zwecken, worunter z. B. Actienvereine, Gewerkschaften, Versicherungsvereine, Hülfskassen und dergl. Erzeugnisse des Associationsgeistes gehören, macht sie noch nicht der Rechte einer Person theilhaftig; Mühlenbruch a. a. O. §. 200., Seuffert's Archiv XII. no. 58. XIII. no. 57. 206.

Zu 4) Sie ist entweder universitas ordinata, wenn sie durch eigene Vorsteher, oder inordinata, wenn sie durch die in den Versammlungen anwesenden Mitglieder unmittelbar repräsentirt wird; Sintenis pr. gem. Civilr. Bd. I. §. 15. S. 119. der II. Aufl.

Zu 5) Es wird nur erfordert, daß alle Glieder geladen seyen, dann kann in der universitas inordinata (denn in der ordinata handeln immer die bestimmten Organe der juristischen Person) die Mehrheit

der Erschienenen gültig beschließen; l. 46. C. 10. 31. — l. 19. D. 50. 1. — l. 160. §. 1. D. 50. 17. — l. 5. C. 10. 63. — l. 3. C. 11. 31. — Nov. 120. c. 6. §. 1. u. 2. — l. 2. §. 5. C. 2. 59. — c. 1. 3. 4. X. de his quae fiunt a majori parte (3. 11.) — c. 42. X. de elect. 1. 6. — l. 2. l. 3. C. 10. 33. — l. 19. pr. D. 26. 5.*) Insgemein erfordert man noch, daß wenigstens ²/₃ der Geladenen wirklich erschienen seyen; l. 2. l. 3. D. 50. 9. — l. 46. C. 10. 31. l. 19. D. 50. 9. — was jedoch nur von den Curien in den römischen Municipien verordnet ist, und daher nicht auf alle Collegien oder universitates personarum anwendbar erachtet wird; s. Mackeldey Lehrb. §. 140. not. g., Seuffert's Archiv XIV. no. 200. jedoch nach der vorherrschenden Meinung, wenigstens bei der Wahl eines Syndicus nicht zu umgehen ist; l. 3. D. 3. 4. — v. Wening-Ingenheim Thl. I. §. 67. (100.), Glück Thl. V. §. 413., Martin Proceß §. 78 ed. 10. — Verschiedene Meinungen über diese Materie s. Langenn und Kori Erörterungen Bd. II. no. II., besonders v. Savigny System Thl. II. §. 90. u. 96. Meistens wird in der Verfassung und den Statuten einer Gemeinheit hierüber Fürsorge getroffen, und dadurch der Praxis eine sichere Stütze gegeben seyn.

Zu 6) Die bejahende Antwort folgt aus dem zwischen den Einzelnen und dem Ganzen stets zu beachtenden Unterschied; ein Mitglied kann daher auch sich selbst, es kann der Vater dem Sohn, der Bruder dem Bruder die Stimme geben, wenn die besonderen Statuten nichts Anderes vorschreiben; l. 4. l. 5. D. 3. 4. —

Zu 7) In so weit das Vermögen des Instituts nicht zur Zahlung der Schulden hinreicht, sind die Einzelnen nur nach Maaßgabe der Statuten verbindlich; s. Schweppe röm. Privatr. Bd. I. §. 82.

Zu 8) Daß gegen juristische Personen Delicte begangen werden können, ist unzweifelhaft, desto schwankender sind die Meinungen über den umgekehrten Fall. Man muß vordersamst unterscheiden in Be-

---

*) Entsteht Streit darüber, ob alle Gemeindeglieder convocirt waren, ob ²/₃ erschienen sind und ob der Beschluß die Stimmenmehrheit für sich gehabt habe, so ist hinsichtlich der Frage über die Beweislast zu unterscheiden, ob der Beschluß von dem Gegentheil der Gemeinde oder von einem ihrer Mitglieder angefochten ist. Im ersten Fall liegt dem Gegner, im zweiten der Gemeinde der Beweis ob; s. Glück Thl. V. S. 311., v. Bülow u. Hagemann Erörter. Bd. III. S. 170.

ziehung auf Strafe und Entschädigungsverbindlichkeit. Manche unterwerfen die universitas beiden, und beziehen sich deshalb auf l. 9. §. 1. D. 4. 2. u. Auth. Cod. de ep. et cler. 1. 3. — halten auch nicht für entgegenstehend l. 15. §. 1. D. 4. 3. u. c. 5. in VIto de sent. excommun. 5. 11. — cf. Mühlenbruch Doct. Pand. T. I. §. 197. Wenn man aber den so ausdrucksvoll in den Gesetzen fixirten Begriff einer universitas strenge fest hält, daß nämlich die Persönlichkeit nicht in den Individuen, sondern in dem Idealen des Vereins ruht, so wird man dieser fingirten Person unmöglich etwas zuschreiben können, was der Fiction selbst widerspricht, man wird ihr keinen absoluten, sondern nur einen durch ihren Begriff begrenzten Willen beilegen, folglich auch sie keines Delicts für fähig erachten können, weil ein solches dem Begriff und der ausschließenden Bestimmung der fingirten oder juristischen Person fremd ist. Daher kann ein Delict nur an den delinquirenden Vorstehern oder Mitgliedern bestraft, und nur diese, qua singuli, können für schuldig erkannt werden, selbst wenn das Corporationsverhältniß Beweggrund und Zweck des Vergehens war, sowie wenn der Vormund zur Bereicherung des Pupillen stiehlt, doch nicht dieser, sondern nur der Vormund bestraft werden kann. Dolus und culpa kann an juristischen Personen so wenig, als an Unmündigen und Wahnsinnigen gedacht werden; s. v. Savigny System Bd. II. §. 94., v. Feuerbach Lehrb. des peinl. Rechts §. 28. In das Strafgebiet gehört es auch nicht, wenn eine Corporation aus politischen Gründen nicht vom Richter, sondern von der Regierungsgewalt aufgehoben wird, sowie auch, wenn in den Reichsgesetzen Fürsten und Städte wegen Landfriedensbruch, Conföderationen und Conspirationen mit sog. Strafen bedroht sind, welche eigentlich nur einen politischen und keinen strafrechtlichen Charakter haben; vid. Aurea Bulla Cap. 15. §. 4. Kammerger. Ordn. v. J. 1556. II. 10. §. 1. Bemerkt zu werden verdient die Nov. Majoriani Tit. 7. in Hugo's jus civile antejust. p. 1386. §. 11. Nunquam curiae in provinciarum rectoribus generali condemnatione mulctentur, cum utique hoc et aequitas suadeat et regula juris antiqui, ut noxa tantum caput sequatur, ne propter unius fortasse delictum alii dispendiis affligantur. Widersprechende Verordnungen im canonischen Recht wie c. 5. de sent. excommun. in VIto (5. 11.) u. c. 4. de censibus in VIto (3. 20.) vermögen keinen Anhaltspunkt zu geben.

Den uneigentlich sog. Proceßstrafen sind zwar auch die juristischen Personen unterworfen, doch sind dies eigentlich nur wesentliche Bestandtheile des Proceßmechanismus, welchen sich auch die juristische

Person unterwerfen muß, wenn sie an den Vortheilen des Proceßganges Theil nehmen will; s. v. Savigny a. a. O. S. 319.

Unserem in dieser überaus streitigen Materie angenommenen Grundsatz gemäß, daß eine juristische Person keines Delicts und keines dolus fähig ist, l. 15. §. 1. D. 4. 3. dürfen wir auch in contractlichen Verhältnissen, wenn die Repräsentanten derselben durch dolus oder culpa dem Andern eine Rechtsverletzung zugefügt haben, derselben nicht die juristische Person unterstellen, wir können ihr keine obligatio ex delicto, sondern nur eine obligatio ex re, nämlich si quid ad universitatem pervenit, zuschreiben; l. 4 D. 43. 16. — Einer fingirten Person können wir auch nur eine fingirte Willensfähigkeit zuschreiben, nämlich in den durch ihren Begriff und ihre ausschließende Bestimmung gesetzten Grenzen. Ueberschreiten ihre Repräsentanten dieselbe, so können nur diese daraus verbindlich werden. Bei der universitas ordinata, welche durch Behörden und Beamte vertreten wird, hat dies keine Schwierigkeit. Bei der universitas inordinata, welche durch ihre Mitglieder insgesammt repräsentirt wird, gehen alle Beschlüsse von diesen selbst aus, mithin auch solche, welche auf unerlaubte Handlungen und Rechtsverletzungen gerichtet sind. Dann müssen auch die sämmtlichen Repräsentanten, aber nur als Individuen für verbunden erachtet werden. Daraus folgt aber auch nothwendig, daß nicht alle aus einem durch die Mehrheit zu Stande gekommenen widerrechtlichen Beschluß verpflichtet sind, oder die universitas zu büßen habe, wenn so viele Glieder dazu gestimmt haben, daß dadurch die Corporation als repräsentirt erscheint, wie gleichwohl Sintenis im Civilr. Bd. I. S. 122 — 126 not. 53. annimmt.

---

§. 32.

d) Vom Fiscus.

1) Begriff.
2) Welche Privilegien sind dem Fiscus im römischen Recht ertheilt?
3) Haben auch die Städte Anspruch auf dieselben?
4) Auch die Standesherren?

Zu 1) Man kann h. z. T. wohl nur das Gesammtvermögen des Staats darunter verstehen, welches aber auch in seinen besonderen Abtheilungen (stationes) als juristische Person angesehen wird; l. 1. C. 4. 1. und muß den römischen Begriff: quodcunque privilegium fisco competit hoc idem et Caesaris ratio et Augustae habere solet l. 6. §. 1. D. 49. 14., ungeachtet Manche dafür noch einen deutschen Gerichtsbrauch behaupten; s. Mackeldey Lehrb. d. R. R. Bd. I. §. 144. not. 6., — als antiquirt betrachten, sofern in den deutschen Staaten das Privatvermögen des Fürsten vom Staatsvermögen verschieden ist.

Zu 2) Die privilegia fisci lassen sich folgendermaßen classificiren:

a) die Regalität der herrenlosen Sachen, der Bergwerksschätze, und wenn der Bergbau zum Privatbetrieb verliehen worden, das Vorkaufsrecht auf das gewonnene Gold und Silber; vergl. Runde deutsch. Privatr. §. 165. Das h. z. T. nur auf das außer den Bundesstaaten exportirte Vermögen beschränkte Nachsteuerrecht, ferner das Recht des Fiscus auf dasjenige, was Jemandem zu einem Zwecke gegeben ist, der sowohl den Geber als den Empfänger schändet, l. 9. in f. D. 49. 14. — l. 5. D. 3. 6. — l. 32. §. fin. D. 24. 1., Hofacker Princ. jur. civ. III. §. 4629. das Recht auf dasjenige Vermögen, welches einem Unwürdigen durch Erbeinsetzung oder Vermächtniß; l. 2. §. 1. 10. 17. 18. D. 34. 9., sowie einem Unfähigen durch ein verstecktes Fideicommiß zugewendet wird; l. 3. §. 3. D. 49. 14. — l. 103. D. de legat. 1. 30., welches das preuß. Landr. II. tit. 16. §. 17. 18. auf den Fall restringirt hat, wenn kein anderer Erbe vorhanden ist, der nach der Verfügung des Erblassers oder der Gesetze an dessen Stelle treten könnte. Ueberhaupt ist h. z. T. das Confiscationsrecht sehr beschränkt.

b) Processualische Vorzüge: z. B. daß in allen Fällen, wo der Fiscus an einer Gütermasse ein Erbrecht geltend macht, sein Anspruch vor Andern, welche ein gleiches Recht behaupten, entschieden werden muß; l. 35. D. 49. 14. — Er kann in allen Fällen, welche das Mein und Dein betreffen, den Beklagten zur Urkunden-Edition zwingen, wenn er den Klaggrund nicht durch andere Beweismittel darthun kann, und der Beklagte kann sich nicht mit dem Einwand schützen, daß ihm dieselben abhanden gekommen seyen; l. 2. §. 1. 2. D. 49. 14.—l. 3. D. 2. 13., vergl. l. 4. u. 8. C. 2. 1. Dagegen kann der Fiscus nicht gezwungen werden, zu seinem Schaden Urkunden oder Acten zu ediren; l. 45. §. 5. u. 6. D.

49. 14. — In Betreff der Compensations-Einrede ist der Fiscus dahin privilegirt, daß sie dem Beklagten nichts hilft, wenn er nicht binnen 2 Monaten, von ihrer Vorschützung an gerechnet, den Beweis der fiscalischen Schuld beibringt; l. 46. §. 4. D. 49. 14. und ganz und gar nicht zulässig ist, in allen Sachen der Abgaben, und wenn der Fiscus den Kaufpreis einer von ihm erkauften Sache gegen den Käufer einklagt; l. 46. §. 5. D. 49. 14. — l. 7. C. 4. 31. — Schuldner des Fiscus können, wenn sie der Schuld überwiesen sind; nicht gegen das verurtheilende Erkenntniß appelliren; l. 4. l. 8. C. 7. 65. Fiscus hat im Concurs ein Vorzugsrecht im Vermögen seines Contrahenten an dem nachher von diesem erworbenen Vermögen; l. 28. D. 49. 14. und das privilegium exigendi vor den Chirographargläubigern, Paul. sent. rec. V. 12. §. 10. l. 10. pr. D. 2. 14. — l. 34. D. 42. 5. — l. un. C. 10. 7. doch nicht wegen der Strafgelder; l. 17. D. 49. 14. Er hat unter den nähern Bestimmungen der l. 3. §. 8. D. 49. 14. — l. 1. C. 4. 9. — l. 3 l. 4. C. 4. 15. ꝛc. die Befugniß, die Schuldner seines Schuldners zur eigenen Deckung zu verklagen, wenn er aus den Besitzthümern des Letzteren nicht befriedigt werden kann; l. 3. §. 8. D. 49. 14. — l. 3. 4. C. 4. 15. l. 1. C. 4. 9. Die Bestimmungen über Verjährung fiscalischer Ansprüche sind bereits im Kap. III. §. 1. lit. f. erwähnt. —

Wenn Mehrere aus der in l. 10. D. 49. 14. enthaltenen Bestimmung, daß im Zweifel gegen den Fiscus zu entscheiden sey, ein privilegium odiosum fisci ableiten; s. Glück Thl. VI. S. 441., was jedoch nach Anderen nur dahin auszulegen seyn soll, daß der Fiscus, wenn das privilegium zweifelhaft ist, nur nach dem jus commune zu behandeln sey; s. Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. I. §. 202. so scheint damit nur so viel ausgesprochen, daß dem Fiscus, wenn er als Kläger auftritt, keine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz: in dubio pro reo pronunciandum est, eingeräumt werden soll; vergl. Sintenis Civilr. Bd. I. S. 116. not. 48.

c) Bei Veräußerung einer ihm mit einem Privaten gemeinschaftlichen Sache soll der Fiscus das Ganze auch ohne Einwilligung des Andern verkaufen dürfen; l. 2. C. 4. 52. — Wenn er seine eigenthümliche Besitzung sub hasta zum Verkauf gebracht hat, wofür außerdem besondere Formen vorgeschrieben sind, kann

er wegen höherer Nachgebote in einer bestimmten Zeitfrist den Verkauf rescindiren; l. 50. D. 49. 14. — l. 21. §. 7. D. 50. 1. — l. 4. C. 10. 3. — l. 1. C. 11. 31.

Bei Rechten, die durch Succession in jus privati auf ihn übergehen, kann sich der Fiscus seiner eigenen Privilegien von der Zeit an bedienen, da er succedirt ist; l. 6. pr. D. 49. 14. was aber nur von dem privilegio exigendi, und nicht von dem gesetzlichen Pfandrecht des Fiscus zu verstehen ist; l. 3. §. 7. D. 49. 14., Glück Thl. XIX. S. 69. Die singulaire Vorschrift des R. R., vermöge welcher im Falle von Veräußerungen des Fiscus, des Regenten oder dessen Gemahlin der Erwerber gegen alle Anfechtungen, mögen diese auf Eigenthum oder dingliches Recht, oder anderweitigen Grund sich stützen, geschützt seyn soll; l. 2. l. 3. C. 7. 37., Kämmerer in Linde's Zeitschrift Bd. XI. S. 388. — enthält kein dem Staatsvermögen beigelegtes Recht, wie das gesetzliche Pfandrecht des Fiscus, sondern einen dem Regenten, der Regentin und den Fiscalbeamten eingeräumten eigenthümlichen Gewaltzweig in Betreff des Vermögens der Unterthanen, mithin einen Grundsatz des römischen Regierungsrechts, in die wohlerworbenen Vermögensrechte der Unterthanen einzugreifen, welcher als Theil der in Deutschland nicht recipirten römischen Staatsverfassung mit dieser wegfallen muß; s. Erk. d. O.=A.=G. zu Kiel in Seuffert's Archiv Bd. V. H. I. S. 129.

d) Hinsichtlich der pfandrechtlichen Privilegien des Fiscus ist auf die Lehre vom Pfandrecht zu verweisen.

e) Im Obligationenrecht kommt dem Fiscus zu Gute, daß er aus eigenen Contracten keine Zinsen zu entrichten haben soll; l. 17. § 5. D. 22. 1., was nicht blos von Verzugszinsen, s. Glück Thl. XXI. S. 42. not. 45., sondern überhaupt von gesetzlichen Zinsen zu verstehen ist; cf. l. 16. §. 1. D. 22. 1., v. Madai Lehre von der mora S. 161—166. sowie, daß er auch ohne Vertrag 6 Procent Verzugszinsen fordern kann; l. un. C. 10. 3. — l. un. C. 10. 4. Er ist auch von der Verpflichtung zur Gewähr der Mängel einer von ihm verkauften Sache befreit; l. 1. §. 3. D. 21. 1. Wenn der Fiscus eine einem Andern verpachtete Sache während der noch dauernden Pachtzeit verkauft, so ist er von der einem sonstigen Verkäufer obliegenden Verbindlichkeit, seinen hierdurch aus dem Pacht oder der Miethe vertriebenen conductor zu entschädigen, befreit, vielmehr muß

der Käufer diesen bis zur beendigten Miethzeit in der Miethe oder Pachtung belassen; l. 25. §. 1. D. 19. 2. — l. 50. D. 49. 14. Mehrere andere fiscalische Privilegien in Obligationenverhältnissen sind wohl nur auf die römische Staatsverfassung zu beziehen.*)

f) Im Erbrecht kommt vorzüglich das Recht des Fiscus auf die bona vacantia und ereptoria, die Befreiung desselben von der cautio legatorum vel fideicommissorum causa; l. 1. §. 18. D. 36. 3. und si cui plus quam per legem Falcidiam licuerit; l. 3. §. 5. D. 35. 3. in Betracht. Beim Verkauf einer Erbschaft genießt er die in l. 1. C. 4. 39. u. l. 2. C. 2. 3. bestimmten Vorzüge.

Zu 3) In der Regel nicht; l. 10. D. 50. 1. — l. 1. C. 10. 10. — doch sind die Städte gleich dem Fiscus cautionsfrei; l. 6. §. 1. D. 36. 3. — Uebrigens haben sie blos die jura minorum mit ihm gemein; l. 3. C. 11. 31., insbesondere wegen Unveräußerlichkeit ihrer Güter, deren Erhaltung und Vermehrung besonders privilegirt ist; s. Tit. Dig. 50. 12., insbesondere l. 30. D. 22. 1. — l. 23. C. 1. 2. — l. 9. §. 9. D. 50. 8. — l. 4. C. 11. 35. — l. un. C. 11. 38. — l. 8. C. 8. 12. — l. 27. D. 12. 1. — l. 4. C. 2. 54. — l. 3. C. 11. 29. — l. 1. C. 1. 50. — l. 9. D. 49. 1. — Außerdem verordnet l. 1. D. 50. 8. u. l. 5. §. 1 D. eod., daß dasjenige, was ihnen legirt ist, ohne landesherrliche Genehmigung nicht zu andern, als den vom Stifter vorgeschriebenen Zwecken verwendet werden darf.

Zu 4) Der Versuch von Emmerich, die Ansprüche der Standesherren auf die jura fisci des R. R. aus dem Art. 14. der Bundesacte herzuleiten, Hanau 1833. und Zöpfl Grds. d. Staatsr. Anh. 1. §. 63. konnte, da ihnen die Landeshoheit abgeht, nicht gelingen; s. dagegen Mittermaier deutsch. Privatr. S. 217. §. 65. (§. 59.), Hertel im civilist. Archiv Bd. VII. S. 242. Nur insofern h. z. T. mehrere römische Fiscalrechte nicht mehr ausschließend fiscalisch sind oder mit verleihbaren Regalien zusammenhängen, z. B. das Recht auf Geldstrafen, das Vorzugsrecht im Concurs für Jurisdictions- und grundherrliche Gefälle, Befreiung von Cautionen, — welche ja auch die respublica hat; s. Hofacker Princ. jur. civ. T. III. §. 4408. sind ihnen solche zuzugestehen. Das Fiscalrecht, vermöge dessen der Fiscus auch als Kläger die Edition von Urkunden

*) [Mir scheint überhaupt der Verf. in Anerkennung römisch-rechtlicher Privilegien des Fiscus zu weit gegangen zu seyn.]

von seinem Gegner fordern kann, ist beispielsweise da im jus commune untergegangen, wo, wie in Preußen, die Ger.=Ordn. jede Partei zur Edition der zur Sache gehörigen Urkunden verpflichtet.

---

§. 33.

e) Piae causae.

1) Was versteht man unter pia causa, pium corpus?
2) Hat jede Stiftung für sich juristische Persönlichkeit, oder bedarf sie hierzu landesherrlicher Bestätigung?
3) Welche Vorrechte stehen ihr zu?
4) Ist zum Begriff einer pia causa ein immerwährender Zweck erforderlich?
5) Darf an den Zweckbestimmungen einer Stiftung etwas geändert werden?
6) Erlischt eine Stiftung ohne Weiteres durch das Hinwegfallen des ihr bestimmten besonderen Zweckes?
7) Wem fällt nach Erlöschung einer pia causa deren Vermögen zu?

Zu 1) In dem mit der Zeit erweiterten Sinn sind alle gemeinnützigen Stiftungen darunter begriffen, folglich nicht blos der Frömmigkeit wegen, sondern auch zur Unterstützung irgend hülfsbedürftiger Personen, zur Beförderung des Unterrichts und der Erziehung, auch wohl der Künste und Wissenschaften. Cod. 1. 3. — Nov. 120., Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. X. S. 321. Der Rechtssatz: „wenn eine Stiftung zu solchen Zwecken gemacht ist, ohne eine bestehende Person zum Eigenthümer zu machen, so tragen die als ein selbständiges Vermögen dazu constituirten Güter ihr Subject in sich selbst; der Zweck, die pia causa ist Eigenthümer, also juristische Person," wird gegründet auf l. 23. C. 1. 2. — l. 24. 28. 35. 46. (ungloss.) l. 49. C. 1. 3. Nov. 131. c. 11. 15. — Clem. 2. pr. de rel. dom. 3. 11., Puchta Vorlesungen I. §. 27., s. auch Bd. II. vom testam. ad pias causas, und vom Erbrecht.

Zu 2) Man sollte wohl dafür halten, wenn durch eine rechtsgiltige Verfügung der rechtliche Begriff einer pia causa realisirt ist, so müssen auch von selbst deren gesetzliche Begünstigungen für sie gel=

ten; s. Puchta a. a. O., Dollmann in Seuffert und Glück Bl. für Rechtsanw. Bd. VII. S. 200., daher auch Mehrere die landesherrliche Bestätigung nur bei Collegien und Gemeinheiten für nöthig halten, s. Elvers Erörter. aus der Lehre von der testamentarischen Erbfähigkeit S. 188 not. 65. bezüglich l. 1. pr. D. 3. 4., v. Wening=Ingenheim Lehrb. Bd. I. §. 69. (106.) Obgleich auch in keiner Stelle des R. R. eine specielle Concession als Bedingung der juristischen Persönlichkeit der pia causa aufgezeigt werden kann, vielmehr also deren Erfordernisse vermöge eines allgemeinen Rechtssatzes feststehen, so halten doch Andere die landesherrliche Bestätigung für nöthig, s. v. Savigny System Bd. II. S. 276., Mackeldey Lehrb. Bd. I. §. 145. [Sintenis Civilr. I. §. 15. S. 108—110. der II. Aufl., Roth in Gerber's Jahrbüchern Bd. I. S. 206—212. Dagegen Mühlenbruch in der Forts. von Glück's Commentar Thl. XL. S. 76. — Seuffert's Archiv XI. No. 9. XIV. No. 103.] Sind übrigens durch landesherrliche Verordnungen und Rescripte gewisse Arten von Stiftungen überhaupt begünstigt, so wird jede zu dieser Art gehörige Stiftung eine im Voraus gegebene landesherrliche Genehmigung ebenso für sich in Anspruch nehmen können, wie schon in den römischen Gesetzen Fürsehung getroffen ist; l. 24. l. 28. C. 1. 3. Nov. 131. c. 11.

Zu 3) Sie genießt die Vorrechte der Minderjährigen und Kirchen, sowohl wegen der restitutio in integrum, als wegen Veräußerung ihrer Güter. Uebrigens sind Kirchengüter, und also auch die dazu verschafften Stiftungen, sowie auch die städtischen Güter mit besonderen Privilegien versehen.

Zu 4) Der Zweck braucht blos ein erlaubter zu seyn; die Perpetuität ist nicht wesentlich für den Begriff.

Zu 5) Stiftungen sind wie Privaten den gesetzlichen Bestimmungen über den modus unterworfen. Dig. 50. 8.

Zu 6) Keineswegs, sondern sie besteht demungeachtet noch so lange, als sie dem zum Grunde liegenden allgemeinen Zweck secundum testatoris voluntatem praesumtam dienen kann; c. 33. X. de praebendis. Böhmer rechtliche Abhandl. Thl. II. S. 43., Gebr. Overbeck Medit. über verschiedene Rechtsmaterien Bd. VI. no. 347., Sintenis Civilr. Bd. I. §. 15. S. 112 der II. Aufl.

Zu 7) Dem Staat, wenn nämlich für diesen Fall nicht besondere Fürsorge getroffen ist; s. Boehmer J. Eccl. P. Lib. III. Tit. 13. §. 51.

Kapitel VI.

Vom Object der Rechte.

§. 34.

1. Von den Sachen.*)

a) Ueberhaupt.

Indem die gewöhnlichen Eintheilungen der Sachen als bekannt vorausgesetzt werden dürfen, übrigens alles Specielle in dem besonderen Theil dieses Werks seine Erörterung findet, beschränken wir uns hier auf folgende Fragen:

1) Werden zu den unbeweglichen Sachen nur solche gezählt, welche von Natur unbeweglich sind, oder auch andere, und aus welchen Gründen?
2) Werden auch kostbare nicht leicht zu transportirende Sachen dazu gerechnet?
3) Inwiefern werden unkörperliche Sachen zu den Immobilien gezählt?
4) Inwiefern zu den Mobilien?
5) Was versteht man unter vertretbaren Sachen, res fungibiles im Gegensatz der non fungibiles?
6) Fallen verbrauchbare oder nicht verbrauchbare Sachen unter den Begriff von fungiblen resp. nicht fungiblen Sachen?
7) Wenn weder physisch noch mechanisch zusammenhängende Sachen blos in Gedanken zu einem Ganzen gebildet werden (universitas rerum), was entsteht daraus für ein rechtlicher Begriff, und mit welchen Wirkungen?
8) Gilt die Regel: res succedit in locum pretii et pretium

---

*) Sache ist im reinen Gegensatz zur Person Alles, was Gegenstand und nicht Subject rechtlicher Verhältnisse ist; l. 5. pr. l. 23. D. de V. S. 50. 16. Da aber auch Handlungen Gegenstand der Rechte seyn können, so begreift der gewöhnliche Wortverstand nur solche Gegenstände in sich, welche eines natürlichen Besitzes fähig sind; §. 7. J. 3. 15. (16.) Hiernächst versteht man unter res cum sua causa Alles, was mit der Sache zusammenhängt, causa interna, deren physische und juristische Eigenschaften, z. B. die ihr anhangenden Gerechtigkeiten, externa, d. i. jeder Nutzen, welchen man durch die Sache haben kann, z. B. Accessionen, Früchte.

in locum rei allgemein, oder in welchen besonderen Verhältnissen?

9) Was ist Rechtens, wenn Jemandem unbestimmt Antheil an einer Sache zugestanden worden ist?

10) Sind Buden den beweglichen oder den unbeweglichen Sachen beizuzählen?

11) Was wird gewöhnlich zum Gutsinventarium gerechnet?

12) Unter welchen Bedingungen sind res sacrae veräußerlich?

13) Inwiefern ist ein Unterschied im Begriff von Accessionen und Pertinenzen?

14) Was ist Rechtens, wenn eine in Gesammteigenthum befindliche Sache nicht nur physisch, sondern auch juristisch untheilbar ist?

Zu 1) Auch solche, welche entweder durch die Wirkung der Natur oder durch menschliche Kunst mit einer unbeweglichen Sache dergestalt verbunden sind, daß sie einen Theil der letztern ausmachen, z. B. bei Ersteren der eingewurzelte Baum, die hängende Frucht (nam fructus pendentes pars fundi videntur); bei letzteren nehmen die Pertinentien die Natur der Hauptsache an. Glück Thl. II. S. 524., Kierulff Theorie Bd. I. S. 322.

Zu 2) Ein Gesetz ist dafür nicht vorhanden, wohl aber die Meinung mehrerer Rechtsgelehrten, z. B. eine große Bibliothek, Waarenlager, Buchhandlung, Apotheke, und dergl.; s. Glück Thl. II. §. 173. Schiffmühlen werden nach Glück a. a. O. dann zu den Immobilien gerechnet, wenn sie auf den Grund landesherrlicher Concession an einem hierzu speciell angewiesenen Ort errichtet sind. Pretiosen der Pupillen und Minorennen werden bezüglich des gesetzlichen Veräußerungsverbots den Immobilien gleich geachtet; l. 22. pr. C. 5. 37., Sintenis, Civilr. Bd. I. §. 41. Anm. 7.

Zu 3) Nächst dem allgemeinen Grundsatz, daß alle Rechte, welche blos accessorischer Natur sind, nach dem Hauptrechte beurtheilt werden sollen, gehören hierher Sachenrechte im Gegensatz von Obligationenrechten, wenn nämlich die Sache eine unbewegliche ist, ingleichen Rechte, welche mit einer unbeweglichen Sache unzertrennlich verknüpft sind; l. 47. D. 18. 1. Z. B. Realservituten, Brau-, Mühlengerechtigkeiten, zuweilen auch Apotheken, — Realrenten (doch nicht schon fällig gewordene); Glück a. a. O. Thl. II. §. 174., Sintenis a. a. O. Anm. 9.

Zu 4) Die Rechte auf bewegliche Sachen, Accessorien einer beweglichen Sache, auch Forderungen [s. Seuffert's Archiv VIII. No. 12.] werden, wenn vom beweglichen Vermögen die Rede ist, dazu gerechnet, ohne Unterschied, ob mit der Forderung eine Hypothek verbunden ist, oder nicht; denn der Charakter der Hauptsache ist entscheidend, und nicht der des Accessorii. So auch wenn eine unkörperliche Sache Zubehör einer körperlichen Sache ist, entscheidet die Eigenschaft der Letzteren. Ferner entscheidet der Gegenstand, auf welchen Rechte und Forderungen geltend gemacht werden, je nachdem jener ein bewegliches oder unbewegliches Gut ist. Alle persönlichen Klagen werden zu den beweglichen Sachen gezählt. Bei persönlichen Dienstbarkeiten, z. B. dem Nutzungsrecht kommt es darauf an, ob diese an einer beweglichen oder unbeweglichen Sache zustehen. Ebenso bei Renten, ob sie reditus reales oder personales sind; verfallene Renten aber werden, auch wenn sie reales sind, immer als bewegliche Sachen behandelt. Das Erbegeld wird, weil es auf unbeweglichen Gütern haftet, so lange es noch unbetagt ist, als unbewegliches Gut angesehen, ist es aber betagt, zum beweglichen Vermögen gerechnet; s. Glück Thl. II. §. 174. und die dort angeführten Schriftsteller, Höpfner Institut. Comm. §. 343.

Zu 5) Diese fallen unter den Begriff von genus und sind solche, welche in der Regel nur nach ihrer Sorte, Qualität und Quantität Object des allgemeinen oder des concreten Verkehrs sind, res quae pondere, numero vel mensura constant, wobei es also nicht auf bestimmte Individualitäten ankommt, so daß die einzelnen Stücke durch andere aus der nämlichen Gattung vertreten werden können; — nicht vertretbar sind aber die Sachen, wenn sie bei einem Rechtsverhältniß nach ihrer Individualität in Betracht kommen, daher in specie prästirt werden müssen; l. 2. §. 1. D. 12. 1.

Zu 6) Res quae usu consumuntur vel minuuntur sind zwar gewöhnlich solche, quae in genere suo functionem recipiunt, sie können aber doch auch als nicht vertretbare Sachen in Betracht kommen, z. B. si legetur pecunia, quae in arca est, vel vinum, quod in apothecis est, l. 30. §. 6. D. 30. 1. — sowie auch umgekehrt nicht verbrauchbare Sachen als vertretbare Sachen in Betracht kommen können; s. Mackeldey a. a. O. Thl. I. §. 149; z. B. wenn ein Pfand in genere vermacht ist. — L. 1. 5. §. 1. D. 7. 5.

Zu 7) Eine universitas rerum, oder ein durch Zusammenfassung mehrerer einzelner für sich selbständiger Sachen nur im Begriff und unter einem gemeinschaftlichen Namen vereinigtes Ganzes, das im

Rechtsverkehr nur als solches in Betracht kommt, und dessen einzelne Theile daher nur in ihrer Zusammengehörigkeit mit dem Ganzen (d. i. so weit und so lange sie dazu gehören) von den darauf bezüglichen Rechten und Pflichten betroffen werden, pflegt man unter einem zweifachen Begriff zu sondern:

a) universitas facti s. hominis, wenn das unter einem Collectivnamen begriffene Ganze blos körperliche, zu einer gemeinschaftlichen Gattung gehörige Sachen in sich begreift, z. B. Heerde, Waarenlager, Mehrgespann, Bibliothek, Gutscomplex, instrumentum fundi etc. §. 18. J. 2. 20. — l. 13. pr. l. 34. D. 20. 1. — l. 23. §. 5. l. 1. §. 2. D. 6. 1. — l. 70. §. 3. D. 7. 1. — l. 65. §. 1. D. de legat. II.

b) universitas juris, oder ein Inbegriff von Vermögensrechten als ein Ganzes angesehen, welchem, als solches betrachtet, die Gesetze gewisse besondere Rechte beigelegt haben, z. B. hereditas, peculium, dos etc.; l. 49. D. 23. 3. — §. 6. J. 2. 9. — l. 1. §. 1. D. 43. 2. - §. 18. J. de leg. 2. 20. — l. 70. §. 3, D. 7. 1. — l. 20. §. 10. D. 5. 3. — l. 56. D. de R. V. 6. 1. — l. 32. pr. l. 40. D. 15. 1. — l. 20. §. 2. l. 23. D. 41. 8.

Diese doctrinelle Eintheilung wird aber von den Neuern aus triftigen Gründen für unbrauchbar erkannt, und dagegen behauptet, jede universitas könne bald als juristische, bald nur als factische in Betracht kommen. Daher die Frage darüber in den einzelnen Fällen stets nach Verschiedenheit der zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse und nach der Absicht der Parteien zu erwägen sey; vergl. Mühlenbruch im civil. Archiv Bd. XVII. S. 321., Hasse ebend. Bd. V. S. 5., Warnkönig ebend. Bd. XI. S. 169., v. Buchholz Versuche S. 39., Kierulff Theorie S. 320., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 71., Sintenis Civilr. Bd. I. S. 430. not. 60., Girtanner in Gerber's Jahrbüchern Bd. III. (1858), S. 95.—154. Alle universitates haben das gemein, daß das Einzelne im Allgemeinen verschwindet, d. i. daß dieses trotz alles Wechsels dasselbe bleibt; s. Sintenis a. a. O. Freilich darf aber der juristische Begriff der universitas im concreten Fall nicht mangeln; v. Vangerow a. a. O.

Die universitas begreift immer dasjenige, was zu der Zeit vorhanden ist, wo die Rechte darauf realisirt werden sollen; §. 18. J. 2. 20. — l. 22. D. de leg. I. 30. Die Wandelbarkeit, welche bei einer universitas lebender Sachen, z. B. einer Heerde, in ihrer Natur liegt, und bei einer univ. von Sachen, die zum Handel und Wandel

bestimmt sind, z. B. einem Waarenlager, schon durch eben diese Eigenschaft und Bestimmung vorausgeboten ist, bleibt daher ohne rechtlichen Einfluß. Seuffert's Archiv. XIII. No. 308.

Zu 8) Sie ist nicht allgemein als richtig anzuerkennen. Selbst gei der hereditas ist sie bestritten, s. Sintenis a. a. O. und beim peculium nur in Beziehung auf dessen Vererbung und actio de peculio anwendbar; l. 5. §. 5. 11. 14. D. 14. 4. — l. 1. C. 12. 37., Glück Thl. I. §. 175. a., Mackeldey Lehrb. Thl. 1. §. 150. —

Zu 9) Die unbestimmte Erwähnung eines Theils ist auf den gleichen Antheil zu beziehen; l. 43. D. 7. 1. — l. 164. §. 1. D. de V. S. in dubio partes esse aequales praesumuntur.

Zu 10) Daß nach röm. Recht Buden durchaus zu den beweglichen Sachen gezählt worden, wird von Bielitz im Commentar zum preuß. Landr. Bd. I. S. 277. mit Unrecht aus l. 60 D. 41. 1. geschlossen; denn hier ist nur von einer beweglichen neuen, aus Brettern gefertigten Getreidescheuer die Rede. Eine preußische Ministerialverordnung vom 19. April 1822 erklärt eine Bude, welche auf einem steinernen Fundamente beruht, für eine Immobile; s. Bielitz a. a. O.

Zu 11) Außer den zugleich unter den Begriff von Pertinenzen fallenden Gegenständen gehört dazu alles instrumentum fundi, somit alle zur Einsammlung, Aufbewahrung und Bearbeitung der Früchte gehörigen Geräthschaften, nebst Vieh und Geschirr l. 8. pr. D. 33. 7., Stroh und Dünger, welche sich auf dem verkauften Grundstück zum Zweck der wirthschaftlichen Cultur vorräthig finden und nicht zum Verkauf bestimmt sind; Glück Thl. IX. S. 200. Thl. XVI. S. 101. In einem Erkenntniß des Appell.-Ger. in Budissin, s. sächs. Zeitschr. f. Rechtspfl. Bd. IV. S. 166. werden nicht dazu gerechnet exotische Gewächse, die in einer Orangerie stehen, sondern nur Vorräthe, soweit sie zur Brödung, Fütterung und Aussaat erforderlich; Geräthe, insofern sie zum Feld- und Gartenbau gehören; l. 26. pr. D. 33. 7. — l. 17. §. 7. D. 19. 2. — l. 245. D. 50. 16.

Zu 12) Res sacrae können auch dann, wenn es sich um Tilgung einer Schuld handelt, ohne Einwilligung der geistlichen Oberbehörde nicht giltig veräußert werden. War aber für die Einholung der Genehmigung weder die regelmäßige bischöfliche Behörde selbst, noch irgend ein anerkannter Stellvertreter erreichbar, so kann der Mangel der sonach unmöglich gewordenen Form der Handlung die Giltigkeit nicht entziehen. Die l. 21. C. de ss. ecclesiis (1. 2.) Nov. 7. cap. 8. u. Nov. 120. cap. 10. haben jedoch nur das Eigen-

thum der unbeweglichen und der zum Gottesdienst bestimmten beweglichen Sachen der Kirchen zum Gegenstand, und sind daher auch auf die Cession von Forderungen nicht anwendbar. Indessen machen dies einige andere Gesetze des canonischen Rechts, namentlich in der Extravag. communis unica de rebus eccles. durch ihre generelle Fassung noch zweifelhaft; s. Erk. d. Berliner Cassations- und Revisionshofs in Vollmar Jurisprudenz S. 152. 2c.

Zu 13) Die in den römischen Gesetzen gewöhnlich vorkommenden Ausdrücke: causa rei, res cum sua causa, omnis causa, causa et omnes accessiones umfassen sowohl Accessionen als Pertinenzen. Eine besondere Unterscheidung im Begriff der einen und der andern finden wir darin nicht. Beiden ist das Merkmal gemeinschaftlich, daß eine Sache mit einer andern entweder in einer äußern Verbindung oder in einer innern Beziehung steht, aus welcher die rechtliche Folge entspringt, daß diejenige Sache, welche der andern als untergeordnet und von ihr abhängig erscheint, durch die für diese andere Sache eintretenden Rechtsverhältnisse von selbst mit berührt wird; s. Sintenis Civilr. Bd. I. §. 41. Anm. 11. Eine Accession wird hervorgebracht durch ein mittelst Naturkräften oder Menschenkraft bewirkte feste körperliche Verbindung zwischen zwei oder mehreren Sachen, wodurch sie zu Einer werden.

Pertinenzen sind solche nicht absolut wesentliche, auch nicht gerade cohärirende Nebensachen, welche entweder vermöge einer gesetzlichen Vorschrift nicht von der Hauptsache getrennt werden dürfen, oder eine bleibende Bestimmung und Einrichtung für die Zwecke der Hauptsache an sich tragen. Diese Art des Zusammenhanges muß aber schon bewerkstelligt und nicht wieder aufgehoben seyn; l. 17. §. 5. D. 19. 1. — l. 18. §. 1. D. eod. l. 242. §. 4. D. de V. S., doch schadet ein temporäres Hinwegnehmen und Beiseiteschaffen nichts. Von den Pertinenzen der Gebäude, Gewerbe, Mühlen 2c., insonderheit s. Bd. II. z. A. Ueberhaupt s. Gesterding alte und neue Irrthümer S. 301. ff., Funke die Lehre von den Pertinenzen aus der Natur der Sache und dem röm. Recht mit Rücksicht auf das heutige Maschinenwesen, Chemnitz 1827., C. A. Weiske Handb. des allgem. deutsch. Landwirthschaftsrechts Leipz. 1838., Buchholz Versuche S. 65., Glück Thl. II. S. 472. 2c., Westphal. Abh. v. d. Pertinenzstücken eines verkauften Hauses, Halle 1778.

In Ansehung der Rechtsverfolgung der Accessionen ist zu bemerken, daß sie, außer dem Fall eines dolus, nicht weiter in Anspruch genommen werden können, wenn die Hauptklage erloschen ist; l. 13.

l. 26. pr. C. 4. 32. — l. 3. C. 7. 51. — l. 4. C. 4. 34. — l. 129. §. 1. l. 178. D. de R. J., doch soll und kann der Richter die Nebensachen auch unverlangt zuerkennen, nam in officio judicis sunt.

Die Pertinenzeigenschaft muß immer dadurch erst bewiesen werden, daß man die Existenz des factischen Verhältnisses darthut, welches die Gesetze zur Begründung der Pertinenzeigenschaft erfordern, wobei auch andere Vermuthungen dienen können, z. B. bei unbeweglichen Pertinenzen, daß die praedia sonst auch in Einem Preis und Einer Benennung, in Einer Rechnung begriffen waren; l. 91. §. 1. u. 6. D. de leg. III. 32. — l. 20. §. 7. in f. D. 33. 7.

Zu 14) Es gibt Sachen, welche weder physisch noch intellectuell und juristisch theilbar sind, während sie sich doch im gemeinschaftlichen Eigenthum Mehrerer befinden. Dies ist z. B. der Fall bei Servituten, mit Ausnahme des Nießbrauchs, beim Pfandrechte, l. 65. D. 21. 2., doch nicht unbestritten und nicht in jeder Beziehung l. 16. §. 8. D. 20. 1. — Ebenso sind auch Forderungsrechte juristisch untheilbar, wenn sie auf einen juristisch untheilbaren Gegenstand oder auf eine untheilbare Leistung gerichtet sind; l. 17. D. 8. 1. — l. 11. §. 23. D. de leg. III. (32.) l. 2. §. 1. l. 72. pr. D. 45. 1. — Wenn z. B. bei Servituten das berechtigte Grundstück im Condominio Mehrerer ist, so kann Jeder die Servitut ganz ausüben; l. 23. §. 3. l. 25. D. 8. 3. Viae, itineris actus, aquaeductus pars in obligationem deduci non potest, quia usus eorum indivisus est. Sintenis Civilr. Bd. I. §. 41. S. 435. der II. Aufl. Das Weitere s. in der Lehre von Concurs und Collision der Rechte.

---

§. 35.

b) Von Früchten*) und Impensen.

1) Was wird unter fructus verstanden? auch partus ancillae?
2) Was unter Civilfrüchten, und durch welche Thatsachen werden sie existent oder anfällig?
3) Werden Zehnten zu den natürlichen oder bürgerlichen Früchten gerechnet?
4) Welche rechtliche Unterscheidungen sind in Ansehung der Früchte zu beobachten?

---

*) Von Zinsen, s. Bd. III. Kap. II. im Obligationenrecht.

5) Auf welcherlei Weise kann das Eigenthum an den Früchten der Sache eines Andern erworben werden?
6) Mit welcher Einschränkung erwirbt sie der bonae fidei possessor?
7) Kann der malae fidei possessor sie in irgend einer Maaße erwerben, oder haftet er dem Eigenthümer sogar für die bei ihm zu Grunde gegangenen oder aus Nachlässigkeit nicht bezogenen Früchte?
8) Wird der Früchteerwerb auch an Erbschaftssachen durch den Besitz in gutem Glauben bewirkt?
9) Was ist im Allgemeinen in Ansehung der Früchte Rechtens
   a) bei act. personalibus und in rem scriptis?
   b) bei solchen Klagen, durch welche wir etwas erlangen wollen, was noch nicht unser war?
10) Steht dem Eigenthümer eine gesonderte Klage wegen der Früchte zu?
11) Gelten die in Ansehung der natürlichen Früchte entwickelten Grundsätze auch von Civilfrüchten?
12) Was ist in Ansehung der Verwendungen Rechtens?

Zu 1) Unter Früchten im eigentlichen Sinn und nach der gesetzlichen Unterscheidung von anderem Zubehör (accessio) l. 2. §. 1. D. 18. 2. — l. 63. §. 2. D. 47. 2. — versteht das R. R. die körperlichen organischen Erzeugungen aus einer Sache l. 77. D. 50. 16. — wobei indeß allemal die auf die Gewinnung der Früchte verwandten Kosten vorabzuziehen sind; l. 46. D. 22. 1. — l. 36. §. 5. D. 5. 3. — fructus intelliguntur deductis impensis, quae quaerendorum, cogendorum*) conservandorumque eorum gratia fiunt. — l. 1. C. 7. 51. hoc enim fructuum nomine continetur quod justis sumtibus deductis superest. Der natürliche und juristische Begriff von Frucht involvirt übrigens immer ein in der Bestimmung der Sache liegendes Erzeugniß, z. B. Windbrüche sind keine Früchte; l. 7. §. 12. D. 24. 3. — l. 12. pr. D. 7. 1. auch nicht partus ancillae, l. 27. pr. D. 5. 3. quia non temere ancillae ejus rei causa comparantur, ut pariant; oder nach l. 28. D. 22. 1. absurdum enim videbatur, hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit.

*) Cogendorum i. e., wenn aus einer Frucht die nutzbare Substanz gepreßt wird, wie z. B. das Oel.

Zu 2) Alle übrigen Nutzungen und Einkünfte, die man in Rechtsverhältnissen oder rechtlichen Beziehungen durch eine Sache erlangt, z. B. Renten, Zinsen, Pacht- und Miethgelder l. 29. D. 5. 3. — l. 34. D. 22. 1. — l. 121. D. 50. 16. — l. 36. l. 38. §. 13. D. 22. 1. — l. 62. pr. D. 6. 1. — l. 88. §. 3. D. 35. 2. — Diese Art Früchte heißen daher civiles im Gegensatz der naturales. — Sie werden existent in dem Augenblick, da das sie begründende Factum eintritt; Schweppe a. a. O. §. 192., Glück Thl. IX. §. 637. c. S. 339—343. — und wenn sie in einem Aequivalent für überlassene Nutzungen bestehen, oder wenn Jemand gegen Entrichtung bürgerlicher Früchte natürliche genießt, so werden sie in dem Augenblick fällig, da der überlassene Nutzen percipirt worden ist; z. B. das Miethgeld von Sachen, welche zu jeder Zeit gleich benützt werden können, wird in jedem Augenblick existent; l. 26. D. 7. 1. Das Pachtgeld von Aeckern im Moment der Erndte; l. 26. l. 58. pr. D. 7. 1. — Sobald die natürlichen Früchte percipirt sind, werden auch die bürgerlichen Früchte, welche man für den dem Andern gestatteten Gebrauch der Sache erhält, in Ansehung dessen, welcher sie erhalten soll, als percipirt angesehen, arg. l. 26. l. 58. pr. D. de usufr., Glück Thl. VIII. S. 262., Thibaut System des Pand. Rechts §. 269., Heimbach die Lehre von der Frucht S. 26. Sintenis Civilr. Bd. I. §. 41. S. 425. ff. der II. Aufl.

Zu 3) Nach der Ansicht der meisten Rechtslehrer gehören sie zu den fructus civiles, denn wenngleich z. B. die zehnte Garbe eines Getreidefeldes eben so gut eine natürliche Frucht für den Grundeigenthümer ist, wie die übrigen 9 Garben, so ist doch das Zehntrecht, aus welchem der Abwurf der 10. Garbe fließt, und mit ihm das Recht des Nichteigenthümers auf die Sache eines Dritten erst Product eines Forderungsrechtes, und das, was durch Ausübung dieses Rechts, mithin ex alia causa, i. e. ex nova obligatione erworben wird, l. 121. D. 50. 16. gehört zu den Einkünften oder Civilfrüchten; v. Weber Handbuch des Lehenr. Thl. IV. §. 346. S. 686. Bei den K. Würtembergischen Obertribunalen hat zwar die entgegengesetzte Meinung — wie aus Kapff merkw. Civilrechtssprüchen Bd. I. no. 58. zu ersehen, das Uebergewicht aus dem Grunde erlangt, weil ja der Zehntherr seinen Antheil der Frucht eben so wie der Grundeigenthümer unmittelbar vom Feld beziehe, was beim Zugzehnt augenscheinlich der Fall, und beim Sackzehnt in der Hinsicht nicht anders sey, weil da der Zehntpflichtige nur als Pächter erscheine, es ist aber auch dort anerkannt, daß die Rechtslehrer beinahe einstimmig den Zehnt als fructus

civilis anerkennen, wofür namentlich die Autoritäten von Struv, Pufendorf, Cramer, Böhmer u. a. m. angeführt sind, und in Sachsen und Hessen auch durch ausdrückliche Gesetze entschieden sey.

Zu 4) Man unterscheidet fructus mere naturales, welche die Natur für sich producirt, und industriales, zu deren Hervorbringung [hinzukommender] menschlicher Fleiß erfordert wird, dann pendentes, separati und percepti; fr. separati sind überhaupt alle, welche nicht mehr mit der erzeugenden Sache zusammenhängen, z. B. welche von selbst vom Baume gefallen sind; gesammelte Früchte oder percepti heißen sie, wenn sie durch ein Factum desjenigen, welcher sich dieselben erwerben will, oder durch einen in dessen Namen Handelnden, in dessen Gewalt gekommen sind; s. Glück Thl. VIII. S. 260 not. 62. endlich percipiendi oder solche, welche hätten gezogen werden können, aber aus Schuld des Besitzers nicht gezogen worden sind; §. 2. J. 4. 17. — l. 62. §. 1. D. 6. 1. —

Zu 5) Die genauere Erörterung der in Ansehung der Früchte geltenden Rechtsgrundsätze muß zwar der Behandlung der einzelnen einschlagenden Rechtsmaterien vorbehalten werden, vorläufig aber ist Folgendes zu bemerken:

Hängende Früchte können Niemandem anders als dem Eigenthümer der fruchtbringenden Sache zukommen, weil das Eigenthum die Accessionen in sich begreift. Fructus pars fundi sunt. l. 44. D. 6. 1. — l. 61. §. 8. D. 47. 2. Ein gesondertes Eigenthum an den Früchten kann selbst dem Eigenthümer der Hauptsache erst nach deren erfolgter Trennung von dieser erwachsen, wenn nämlich die Früchte durch das factum separationis angefangen haben, Sachen für sich zu werden, l. 44. D. 6. 1. — l. 15. pr. D. 20. 1. Wir haben es daher bei der aufgeworfenen Frage nur mit den fructus separati oder auch percepti zu thun, welche wiederum extantes oder consumti seyn können, endlich durch Vernachlässigung verloren gegangene (percipiendi), Alles mit Rücksicht auf den weiteren Unterschied zwischen fructus naturales und industriales.

Dem Eigenthümer gegenüber kann ein Recht an den Früchten erwachsen

a) solchen Personen, welche nicht juristische Besitzer der Sache sind, deren Früchteerwerb sich vielmehr nur auf eine Gestattung des Eigenthümers gründet und daher der Tradition vergleichbar ist; s. Puchta Lehrb. d. Pand. §. 127. u. 148. Solche Personen, z. B. der Fructuar, auch der Pachter, s. l. 13. D. 7. 4. — §. 36. J. 2. 1. — l. 6. D. 39. 5. können die Früchte

nur durch Perception (Besitzergreifung) erwerben, wenn es nicht solche Früchte sind, welche, wie die Jungen der Thiere, sich durch einen Naturproceß von selbst absondern; l. 28. pr. D. 22. 1.

b) Den juristischen Besitzern; desgleichen sind: 1) der emphyteuta, l. 25. §. 1. D. 22. 1. — 2) der antichretische Pfandgläubiger; s. Puchta a. a. O. §. 143., Höpfner im Instit.=Comm. §. 330. a. E. — 3) der bonae fidei possessor. Alle diese bedürfen nicht erst der Perception, sie erlangen vielmehr schon durch die bloße Separation das Eigenthum, sowohl an den natürlichen als industriellen Früchten; in fructibus idem jus habent, quod domino tributum est l. 25. §. 1. D. 22. 1. — quia b. f. possessor loco domini paene est, l. 48. pr. D. 41. 1., Backe bonae fidei possessor quemadmodum fructus suos facit. Berol. 1825.

Ungeachtet der eben angeführten und mehrerer anderer übereinstimmender Gesetzstellen herrscht über die Frage, ob dem bonae fidei possessor fructus suos faciens — vorausgesetzt nämlich, daß er auch noch im Moment der Perception im guten Glauben gewesen, s. Marezoll in Linde's Zeitschrift Bd. XVIII. S. 211., v. Vangerow Pand. §. 326. not. 2., Glück Thl. VIII. S. 271. not. 90. — damit ein Eigenthum an den Früchten zuerkannt sey, in neuerer Zeit lebhafter Streit, s. v. Savigny Recht des Besitzes S. 314. der 6. Aufl., Windscheid in Linde's Zeitschr. N. F. Bd. IV. S. 55. Indessen hilft ihm ganz unbestritten seine bona fides doch so viel, daß er fructus consumtos nicht zu restituiren braucht, er mag sie nun selbst verzehrt oder durch Veräußerung gewonnen haben; s. Glück Thl. VIII. S. 294.

Vorstehendem zu Folge bleibt der Fruchterwerb des b. f. possessor insofern beschränkt, daß er, wenn der Eigenthümer mit der Reivindication gegen ihn auftritt, diesem von Zeit der Litiscontestation alle Früchte, welche er während des Processes bezog oder beziehen konnte, l. 4. §. 2. D. 10. 1. — §. 2. J. 4. 17. — ohne Unterschied herausgeben, l. 22. C. 3. 32., und die vernachlässigten ersetzen muß, §. 2. J. 4. 17. — l. 2. C. 7. 51. — ohne jedoch für die durch Zufall verloren gegangenen Früchte, oder auch, wenn die Sache selbst nach der Litiscontestation durch Zufall zu Grunde ging, zu haften, l. 79. D. 6. 1., Glück Thl. VIII. S. 294 ꝛc.; denn er steht nur für dolus und culpa ein. Dahingegen bleibt dem b. f. possessor Alles, was er an Früchten vor entstandenem Proceß verzehrt oder

auch durch Veräußerung derselben gewonnen hat, unangefochten, s. Glück Thl. VIII. S. 282.; auch hat er nicht diejenigen Früchte zu ersetzen, deren Perception er vernachlässigt hat; quia quasi suam rem neglexit; l. 31. §. 3. D. 5. 3., Glück a. a. O. S. 298.; seine Pflicht zur Herausgabe beschränkt sich auf die fructus extantes*), d. i. nicht blos pendentes, sondern überhaupt nondum consumtos, und auch auf diese — wie sich von selbst versteht — nur so weit dieselben nicht schon verjährt, d. i. nicht schon 3 Jahre lang bona fide von ihm besessen sind, l. 4. §. 19. D. 41. 3.

Zu 7) Der malae fidei possessor, d. i. Derjenige, welcher wußte, daß das Eigenthum einem Andern gehöre, s. Glück Thl. VIII. S. 279., ist ganz unfähig, die Früchte einer fremden Sache zu erwerben. Er muß daher alle vom Anfang des Besitzes, vor oder nach der Litiscontestation bezogenen, verzehrten oder noch vorhandenen Früchte dem Eigenthümer restituiren, und nicht nur die vernachlässigten, l. 62. pr. u. §. 1. D. 6. 1. — sondern auch die durch Zufall zu Grunde gegangenen Früchte ersetzen, denn er haftet nicht nur, wie der b. f. possessor, für dolus und culpa, sondern auch für den casus; Glück

*) Mehrere wollen zwar von der Restitutionsverbindlichkeit der fructus extantes die fructus percepti, welche der b. f. possessor vor dem Proceß wirklich gezogen hat, und noch unverjährt besitzt, ausnehmen, indem diese nach §. 35. J. 2. 1. u. l. 45. D. 22. 1. — als mit der cura et cultura ipso jure compensirt anzunehmen seyen; s. Donell. Comm. Lib. IV. cap. XXV. no. 7., Unterholzner Archiv f. d. civilist. Prax. Bd. VIII. S. 324. und 336., Thibaut System d. P. R. II. §. 568. in f. Allein die Stimme der meisten römischen Rechtsgelehrten, welche, wie Glück Thl. VIII. S. 289. bemerkt, unstreitig in den Gerichten angenommen war, ist durchaus entgegen; Cocceji jus contr. Lib. V. Tit. VI. qu. 7. pag. 425. etc. Auf das Bestimmteste sprechen sich darüber aus l. 25. §. 1. D. 22. 1. — l. 48. pr. D. 41. 1. — §. 2. J. 4. 17. — l. 22. C. 3. 32. — und die l. 4. §. 2. D. 10. 1. — wendet den Grundsatz unseres Textes auch bei der Grenzklage an, weil sie in gewisser Rücksicht die Natur der Eigenthumsklage hat. — Demnach ist das Princip festzuhalten: fructus consumti unterliegen von Seite des b. f. possessor nie, fructus extantes allemal der Restitution, und ist in einem wie im andern Fall kein Unterschied, ob es fructus industriales oder naturales sind, nur daß bei jenen die Perceptionskosten vorabzuziehen sind; l. 46. D. 22. 1. — Auch die von Andern versuchten Distinctionen, z. B. ob der b. f. possessor titulo lucrativo vel oneroso besitze, oder auch ob er durch den Früchtebezug reicher geworden sey — indem er den Preis veräußerter Früchte besitzt — oder nicht, haben keinen gesetzlichen Grund, s. l. 109. D. 50. 16. — §. 35. J. 2. 1. — und finden sich widerlegt bei Glück Thl. VIII. S. 288., und den dort angeführten Schriftstellern. Eben so wenig kommt es darauf an, ob die Sache usucapionsfähig sey oder nicht, wie z. B. Pupillengut; l. 48. D. 41. 1. — Glück S. 287.

a. a. O. S. 295. Eine — jedoch nicht unbestrittene — Ausnahme findet nach dem Urtheil bewährter Rechtslehrer nur bei Capitalzinsen statt, wenn nämlich der m. f. possessor die verzinsliche Ausleihe eines Capitals unterlassen hat; denn da hätte er die Gefahr desselben übernehmen müssen, und weil ihm dieses billig nicht zuzumuthen schien, so wird er auch nicht für entbehrte Zinsen in Anspruch genommen; s. Glück, a. a. O. VIII. S. 296., Thibaut System II. §. 568.

Zu 8) Bei einer Erbschaft tritt das eigenthümliche Verhältniß ein, daß ihr alle Erzeugnisse zuwachsen und der redliche so wenig als der unredliche Besitzer einen Gewinn aus dem Verlassenschaftsbesitz erlangen darf, l. 28. D. 5. 3. — cf. l. 1. §. 1. C. 3. 31. — Glück Thl. VII. S. 567 ꝛc., mithin kein besonderes Eigenthum an ihnen entstehen kann, l. 20. §. 3. D. 5. 3. — so lange nämlich die Erbschaftssachen als solche, und nicht aus einem besondern Rechtsgrunde, wie z. B. von einem Erbschaftskäufer besessen werden, l. 2. C. 3. 31. welcher in der Regel nicht mit der hereditatis petitio in Anspruch gegommen werden kann; l. 1. §. 1. C. 3. 31. — l. 13. §. 4. u. 8. l. 40. §. 1. D. 5. 3.

Zu 9) Im Allgemeinen ist in Ansehung der Früchte Rechtens:

a) bei act. personalibus und in rem scriptis, durch welche wir etwas fordern, was schon unser war, daß der Zeitpunkt der Litiscontestation entscheidet, dergestalt, daß von diesem Moment an der Beklagte alle percipirten sowohl als percipirlichen Früchte ersetzen muß, l. 38. pr. §. 1—3. 12. u. 13. D. 22. 1. — l. 38. §. 4. u. 6. eod. l. 25. §. 8. D. 21. 1., abgesehen von den besonderen Vorschriften in Betreff der act. ex delicto Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. II. §. 228.

b) Bei solchen Klagen, wodurch wir etwas verfolgen, was noch nicht unser war, sind die Früchte aus testamentarischen Zuwendungen gewöhnlich von eingetretenem Verzug an, l. 8. l. 14, pr. l. 39. D. 22. 1., übrigens auch ohne Rücksicht auf Verzug von der Zeit des gefällten Urtheils, oder da es nach den Vorschriften der Gerichtsordnung hätte gefällt werden sollen, l. 38. §. 8. 9. u. 15. D. 22. 1. — Mühlenbruch a. a. O. zu prästiren.

Zu 10) Diese Frage wird von Manchen unbedingt bejaht; s. Köchy Meditationen Bd. I. no. 24., von den Meisten aber nach l. 3. C. de fruct. (3. 31.) verneint; s. Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1022., Leyser Sp. 99. Med. 3., Walch controv. jur. civ Sect. IV. Cap. II. §. 24., Hellfeld Jurispr. for. §. 591. Andere,

auch durch Veräußerung derselben gewonnen hat, unangefochten, s. Glück Thl. VIII. S. 282.; auch hat er nicht diejenigen Früchte zu ersetzen, deren Perception er vernachlässigt hat; quia quasi suam rem neglexit; l. 31. §. 3. D. 5. 3., Glück a. a. O. S. 298.; seine Pflicht zur Herausgabe beschränkt sich auf die fructus extantes*), d. i. nicht blos pendentes, sondern überhaupt nondum consumtos, und auch auf diese — wie sich von selbst versteht — nur so weit dieselben nicht schon verjährt, d. i. nicht schon 3 Jahre lang bona fide von ihm besessen sind, l. 4. §. 19. D. 41. 3.

Zu 7) Der malae fidei possessor, d. i. Derjenige, welcher wußte, daß das Eigenthum einem Andern gehöre, s. Glück Thl. VIII. S. 279., ist ganz unfähig, die Früchte einer fremden Sache zu erwerben. Er muß daher alle vom Anfang des Besitzes, vor oder nach der Litiscontestation bezogenen, verzehrten oder noch vorhandenen Früchte dem Eigenthümer restituiren, und nicht nur die vernachlässigten, l. 62. pr. u. §. 1. D. 6. 1. — sondern auch die durch Zufall zu Grunde gegangenen Früchte ersetzen, denn er haftet nicht nur, wie der b. f. possessor, für dolus und culpa, sondern auch für den casus; Glück

*) Mehrere wollen zwar von der Restitutionsverbindlichkeit der fructus extantes die fructus percepti, welche der b. f. possessor vor dem Proceß wirklich gezogen hat, und noch unverjährt besitzt, ausnehmen, indem diese nach §. 35. J. 2. 1. u. l. 45. D. 22. 1. — als mit der cura et cultura ipso jure compensirt anzunehmen seyen; s. Donell. Comm. Lib. IV. cap. XXV. no. 7., Unterholzner Archiv f. d. civilist. Prax. Bd. VIII. S. 324. und 336., Thibaut System d. P. R. II. §. 568. in f. Allein die Stimme der meisten römischen Rechtsgelehrten, welche, wie Glück Thl. VIII. S. 289. bemerkt, unstreitig in den Gerichten angenommen war, ist durchaus entgegen; Cocceji jus contr. Lib. V. Tit. VI. qu. 7. pag. 425. etc. Auf das Bestimmteste sprechen sich darüber aus l. 25. §. 1. D. 22. 1. — l. 48. pr. D. 41. 1. — §. 2. J. 4. 17. — l. 22. C. 3. 32. — und die l. 4. §. 2. D. 10. 1. — wendet den Grundsatz unseres Textes auch bei der Grenzklage an, weil sie in gewisser Rücksicht die Natur der Eigenthumsklage hat. — Demnach ist das Princip festzuhalten: fructus consumti unterliegen von Seite des b. f. possessor nie, fructus extantes allemal der Restitution, und ist in einem wie im andern Fall kein Unterschied, ob es fructus industriales oder naturales sind, nur daß bei jenen die Perceptionskosten vorabzuziehen sind; l. 46. D. 22. 1. — Auch die von Andern versuchten Distinctionen, z. B. ob der b. f. possessor titulo lucrativo vel oneroso besitze, oder auch ob er durch den Früchtebezug reicher geworden sey — indem er den Preis veräußerter Früchte besitzt — oder nicht, haben keinen gesetzlichen Grund, s. l. 109. D. 50. 16. — §. 35. J. 2. 1. — und finden sich widerlegt bei Glück Thl. VIII. S. 288., und den dort angeführten Schriftstellern. Eben so wenig kommt es darauf an, ob die Sache usucapionsfähig sey oder nicht, wie z. B. Pupillengut; l. 48. D. 41. 1. — Glück S. 287.

a. a. O. S. 295. Eine — jedoch nicht unbestrittene — Ausnahme findet nach dem Urtheil bewährter Rechtslehrer nur bei Capitalzinsen statt, wenn nämlich der m. f. possessor die verzinsliche Ausleihe eines Capitals unterlassen hat; denn da hätte er die Gefahr desselben übernehmen müssen, und weil ihm dieses billig nicht zuzumuthen schien, so wird er auch nicht für entbehrte Zinsen in Anspruch genommen; s. Glück, a. a. O. VIII. S. 296., Thibaut System II. §. 568.

Zu 8) Bei einer Erbschaft tritt das eigenthümliche Verhältniß ein, daß ihr alle Erzeugnisse zuwachsen und der redliche so wenig als der unredliche Besitzer einen Gewinn aus dem Verlassenschaftsbesitz erlangen darf, l. 28. D. 5. 3. — cf. l. 1. §. 1. C. 3. 31. — Glück Thl. VII. S. 567 ꝛc., mithin kein besonderes Eigenthum an ihnen entstehen kann, l. 20. §. 3. D. 5. 3. — so lange nämlich die Erbschaftssachen als solche, und nicht aus einem besondern Rechtsgrunde, wie z. B. von einem Erbschaftskäufer besessen werden, l. 2. C. 3. 31. welcher in der Regel nicht mit der hereditatis petitio in Anspruch gegommen werden kann; l. 1. §. 1. C. 3. 31. — l. 13. §. 4. u. 8. l. 40. §. 1. D. 5. 3.

Zu 9) Im Allgemeinen ist in Ansehung der Früchte Rechtens:

a) bei act. personalibus und in rem scriptis, durch welche wir etwas fordern, was schon unser war, daß der Zeitpunkt der Litiscontestation entscheidet, dergestalt, daß von diesem Moment an der Beklagte alle percipirten sowohl als percipirlichen Früchte ersetzen muß, l. 38. pr. §. 1—3. 12. u. 13. D. 22. 1. — l. 38. §. 4. u. 6. eod. l. 25. §. 8. D. 21. 1., abgesehen von den besonderen Vorschriften in Betreff der act. ex delicto Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. II. §. 228.

b) Bei solchen Klagen, wodurch wir etwas verfolgen, was noch nicht unser war, sind die Früchte aus testamentarischen Zuwendungen gewöhnlich von eingetretenem Verzug an, l. 8. l. 14, pr. l. 39. D. 22. 1., übrigens auch ohne Rücksicht auf Verzug von der Zeit des gefällten Urtheils, oder da es nach den Vorschriften der Gerichtsordnung hätte gefällt werden sollen, l. 38. §. 8. 9. u. 15. D. 22. 1. — Mühlenbruch a. a. O. zu prästiren.

Zu 10) Diese Frage wird von Manchen unbedingt bejaht; s. Köchy Meditationen Bd. I. no. 24., von den Meisten aber nach l. 3. C. de fruct. (3. 31.) verneint; s. Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1022., Leyser Sp. 99. Med. 3., Walch controv. jur. civ Sect. IV. Cap. II. §. 24., Hellfeld Jurispr. for. §. 591. Andere,

z. B. Glück Thl. VIII. S. 299., unterscheiden zwischen bonae und malae fidei possessor und gestehen gegen den Letzteren dem Kläger wegen der vorhandenen Früchte die Reivindication, und wegen der consumirten die Condiction als eine besondere Klage zu, bezüglich l. 22. §. 2. D. 13. 7. — l. 4. §. 2. D. 10. 1. — l. 4. C. 9. 32. — l. 15. D. 22. 1.

Zu 11) Diese werden überhaupt nach Analogie der natürlichen Früchte behandelt, l. 121. D. de V. S. — l. 62. pr. D. de R. V. l. 39. §. 1. D. de leg. 1. (30.). — l. 83. pr. D. de leg. III. (32.)

Zu 12) Impensae oder Verwendungen, welche in die Sache selbst gemacht werden (zum Unterschied von expensae, welche nur zum Zweck derselben geschehen), sind entweder necessariae, welche den Untergang oder die Verschlechterung der Sache verhüten, oder utiles, welche den Werth der Sache oder deren Einkünfte erhöhen, oder voluptuariae, welche bloß Verschönerung oder größere Annehmlichkeit bezwecken. S. Leist, Das erlaubte oder ungerufne Eingreifen in fremde Vermögensangelegenheiten (1855), S. 19—38.

Um auf Ersatz von Verwendungen klagen zu können, wird vorausgesetzt, daß die Klage nach einem bestehenden Rechtsverhältniß schon aus demselben gegeben sey, z. B. bei den judiciis divisoriis. Außerdem findet sie nicht, demnach auch keine besondere actio in factum statt, sondern nur Retention, z. B. wenn ich Verwendungen in eine Sache machte, weil ich sie irrig für die meinige hielt, so kann ich mir nur durch Retention helfen, l. 48. D. 6. 1. — l. 14. D. 10. 3. — l. 14. D. 44. 4. — Nicht widersprechend ist l. 27. §. 5. D. 6. 1. — Mackeldey Lehrb. Bd. I. §. 155., v. Wening-Ingenheim Lrhrb. Bd. I. §. 80. (§. 123.) Der Anspruch wegen Impensen ist übrigens in Betreff der impensae necessariae uneingeschränkt, nur kommt er dem Dieb nicht zu Statten, c. 1. C. 8. 52. — l. 13. D. 13. 1., und von selbst versteht sich, daß, wer den Genuß einer Sache hat, auch die Auslagen der gewöhnlichen Unterhaltung tragen muß, l. 7. §. 2. D. 7. 1. — l. 18. §. 2. D. 13. 6. — l. un. §. 4. in f. C. 6. 51. — In engere Grenzen ist der Anspruch eingeschlossen bei impensae utiles. Die Grundsätze über Entschädigung sind hier verschieden, theils nach dem Rechtsverhältniß, in welchem der Verwender zu jenem steht, der die Sache erhält, theils nach der Absicht, in der sie gemacht wurden, theils nach der Betrachtung, ob sie mäßig oder unmäßig und dem Empfänger zu lästig sind, theils endlich nach der bona oder mala fides des Besitzers, welcher die Verwendungen macht, l. 37. u. 38. D. 6. 1. — l. 25. D. 13. 7. — l. 7. §. 11. 12. D. 41. 1. — l. 38.

D. 5. 3. — l. 5. C. 3. 32. — l. 3. §. 4. D. 15. 3. — l. 9. D. 25. 1. — l. un. §. 5. C. 5. 18. — l. 13. D. 13. 1. — l. 1. C. 8. 52. — v. Wening=Ingenheim Lehrb. Bd. l. S. 299. Einzelne Regeln s. Glück Thl. VIII. S. 303. §. 592. Leist a. a. O. §. 15. 16. S. 50. ff.

Impensae voluptuariae endlich berechtigen blos zur Wegnahme (jus tollendi), sofern die Trennung einen Nutzen gewähren kann, l. 38. D. 6. 1. und der Eigenthümer nicht lieber Vergütung dafür leisten will, — doch muß Derjenige, welcher das jus tollendi ausübt, Caution wegen des möglichen Schadens und der Wiederherstellung in den vorigen Stand leisten, l. 19. §. 4. D. 19. 2., s. Leist, a. a. O. §. 17. S. 58. ff.

---

§. 36.

2. Von den Handlungen und Rechtsgeschäften.

a) Willensfähigkeit — Willenserklärung.

1) Insofern Willensfähigkeit, als die erste Bedingung aller menschlichen Handlungen, regelmäßig vorausgesetzt werden muß, fragt sich nur, in wie weit besondere Zustände dieselbe ausschließen, mithin auch die Handlung ungiltig machen?

Hinsichtlich der Willenserklärung fragt sich, — und zwar immer unter der Voraussetzung, daß die Willensbestimmung frei und ernstlich gemeint gewesen sey, ob dieß auch bei der Willenserklärung der Fall war; denn nicht gilt, was zum Scherz geschieht, l. 3. §. 2. D. 44. 7., oder zum Schein verhandelt wird, l. 55. D. 18. 1. — l. 54. D. de O. et A. — l. 21. C. 2. 4.

2) In wie weit kann außer der ausdrücklichen, mündlich oder schriftlich,*) durch Worte oder durch Zeichen, welche die Stelle der Worte vertreten, erklärten Einwilligung l. 17. D. 46. 2. — l. 1. §. 3. D. 38. 4. — l. 52. §. 10. D. 44. 7. — l. 6. D. 12. 1. — l. 58. pr. D. 28. 5. — l. 38. D. 44. 7. — auch stillschweigende oder thätliche Einwilligung hinreichen?

*) Nach der auf gemeinen Brauch seit dem Mittelalter gegründeten Meinung mit Unterschrift versehener, s. Heimbach im Rechtslex. Bd. IX. S. 205.

Beispielsweise:

a) Gilt die Zurückgabe der Schuldverschreibung für Erlassung der Schuld?

b) Kann durch sie die Zahlung als bewiesen angenommen werden?

c) Liegt im Durchstreichen der Urkunde ein Beweis der Zahlung oder Erlassung der Schuld?

d) Gilt es als stillschweigende Einwilligung, wenn der Vater seine Tochter verlobt, und diese dazu schweigt, oder wenn die Tochter sich in Gegenwart des Vaters verlobt, und dieser dazu schweigt?

e) Wenn ein Vormund einen Anwesenden als Bürgen benennt und dieser sich ohne Widerspruch in das Gerichtsprotokoll eintragen läßt, gilt dies als wirkliche Bürgschafts-Uebernahme?

f) Wenn der Vater einer geschiedenen filia familias gegen deren geschiedenen Mann auf Rückgabe des Heirathsguts klagt, was er nur mit Einwilligung der Tochter thun kann, gilt dann ihr Stillschweigen schon als Einwilligung?

g) Wenn der durch Testament zur Restitution verpflichtete Erbe stillschweigend die einseitige Besitzergreifung des Fideicommissars geschehen läßt, ist solches der Restitution gleich zu achten?

h) Wenn der Vater zu einem mit seinem Wissen von seinem Sohn aufgenommenen Gelddarlehn schweigt, gilt sein Schweigen für Einwilligung?

i) Gilt es als stillschweigende Verlängerung des Miethsvertrags, wenn der Vermiether dem Miether nach geendigter Miethzeit den Gebrauch stillschweigend fortsetzen läßt?

k) Wenn ohne Auftrag des Schuldners Bürgschaft geleistet wird, der Schuldner aber dazu wissentlich schweigt, gilt dieses als stillschweigendes Mandat?

l) Gilt es als Einwilligung, wenn ich zu einer vom Nachbar auf seinem Grundstück gemachten Anlage, welche dem meinigen die Gefahr einer Beschädigung durch Regenwasser zuzieht, schweige?

m) Gilt es für stillschweigende Antretung der Erbschaft, wenn ich die zu der mir angefallenen Erbschaft gehörenden Geschäfte besorge?

n) Wenn ich den von einem Andern ohne Auftrag für mich geführten Proceß nun selbst fortführe, gelten dann alle von Jenem bisher vorgenommenen Proceßhandlungen als von mir genehmigt?

o) Wenn ein Gläubiger für einen künftigen Zeitraum Zinsen annimmt, kann er dann gleichwohl vor Ablauf dieses Zeitraums das Capital aufkündigen?

p) Wenn ich die Pfandurkunde unterschreibe, in welcher ein Anderer mein Eigenthum verpfändet, kann ich deshalb als stillschweigend einwilligend in die Verpfändung betrachtet werden?

q) Wenn ein Miterbe alle Grundstücke des Nachlasses verkauft, und die dabei gegenwärtigen Miterben nicht nur nicht widersprechen, sondern auch ihren Theil am Kaufgeld in Empfang nehmen, sind sie dann als stillschweigende Verkäufer ihres Antheil anzusehen?

r) Ist ein Legat als stillschweigend widerrufen anzusehen, wenn der Testator in der Folge einem Andern die legirte Sache schenkt, oder die legirte Forderung dem Schuldner erläßt?

s) Auch dann, wenn der Testator die legirte Forderung, ohne daß sie unsicher stände, eintreibt, oder freiwillige Zahlung vom Schuldner annimmt, ohne das Geld aufzubewahren?

t) Ist es als Verzicht auf pactum commissorium anzusehen, wenn ich von meinem säumigen Mitcontrahenten noch die Leistung, oder das Interesse dafür, oder Verzugszinsen annehme?

u) Involvirt die Begründung auf eine Urkunde die stillschweigende oder thätliche Anerkennung ihrer äußeren Glaubwürdigkeit nicht nur, sondern auch der Richtigkeit ihres ganzen Inhalts?

v) Geht durch Zahlung ohne Vorbehalt das Compensationsrecht auch gegen weitere Forderungen desselben Klägers verloren? Schließt ein eidliches Zahlungsversprechen einen Verzicht auf die Compensation in sich?

w) Gilt es als stillschweigende Genehmigung einer ungiltigen Veräußerung des Vermögens eines Pflegbefohlenen, wenn dieser nach Beendigung der Vormundschaft rückständige Kaufgelder daraus angenommen oder die veräußerte Sache von dem Käufer gepachtet hat?

x) Liegt in der vom Beklagten geschehenen Verzichtleistung auf den Proceß nothwendig ein Eingeständniß der Klage?

y) Wenn ich eines Andern Testament, worin meine Sache als gekauft erwähnt ist, als Zeuge unterschreibe, habe ich mich dadurch meines Anspruchs an die Sache begeben?

z) Wenn ich der Schuldverschreibung eines Andern meine Namensunterschrift beifüge, gelte ich dadurch als Mitschuldner? insbesondere bei Wechseln?

aa) Wenn ein Agnat oder Mitbelehnter unter die vom Lehnsbesitzer ausgestellte Schuldurkunde seine Unterschrift beisetzt, gilt solche als Einwilligung in die Lehnsschuld?

bb) Ist die einem Anwalte ertheilte Proceßvollmacht für widerrufen zu achten, wenn der Principal nachher selbst gerichtliche Handlungen in der Sache unternommen hat?

cc) Sind die restirenden vertragsmäßigen Zinsen als erlassen anzunehmen, und gehen sie also dem Gläubiger verloren, wenn er das Capital ohne Vorbehalt quittirt hat?

dd) Liegt in der Production eines nicht vollgiltigen Zeugen meine Anerkennung desselben als vollgiltiger Zeuge?

ee) Ist Derjenige, welcher mir die Quittung meines Gläubigers übergibt, als zum Geldempfange ermächtigt anzunehmen?

ff) Wenn zwei Contrahenten etwas beschließen, was dem anwesenden Dritten zur Beschwerung gereicht, ist dieser, wenn er dazu schweigt, als einwilligend anzusehen?

gg) Wie aber, wenn sie etwas zu seinem Vortheil in seiner Anwesenheit ohne seinen Widerspruch abschließen?

hh) Wenn ein Gläubiger mehrere Jahre hindurch geringere als die stipulirten Zinsen angenommen hat, gelten dann die mehreren als erlassen?

ii) Kann auch ein Pacht- oder Miethvertrag stillschweigend eingegangen werden?

kk) Hebt die Erklärung: man wolle das zum Verkauf ausgesetzte Grundstück nicht kaufen, die Befugniß, welche man zur Ausübung des Näherrechts hat, zugleich mit auf?

ll) Gilt es für Anerkennung, wenn ich die mir über eine Forderung an mich zugestellte Rechnung ohne Widerspruch annehme und behalte?

3) Kann die Willenserklärung in Beziehung auf eine Person oder Sache auch durch Demonstration wirksam geschehen,

und was ist die Folge, wenn die Demonstration nicht zutrifft?

4) Ist die nachfolgende Einwilligung der vorhergehenden in der Wirkung gleich?

5) In welchen Fällen nehmen die Gesetze die Einwilligung als stillschweigend gegeben an?

6) Wenn die Handlung an eine Zeitfrist gebunden war, ist dann auch eine spätere Ratihabition noch wirksam?

7) Inwiefern kommt bei Willenserklärungen der Satz: expressa nocent, non expressa non nocent in rechtlichen Betracht?

Zu 1) Folgende Zustände schließen die Willensfähigkeit aus:

a) Die Unreife des Alters. Von den verschiedenen Abstufungen des römischen Rechts in Beziehung auf Altersfähigkeit hat sich noch als praktisches Recht erhalten, daß der Siebenjährige solche Handlungen, welche einen Gewinn bringen, giltig vornehmen kann;*) ferner, daß der Mündige testiren und eine Ehe schließen kann; c. 6. 10. 11. 14. X. de despons. impuber. (42.), dieses sogar mit der Ausdehnung, daß, wenn vor dem 14. oder 12. Jahre der Pubertät der Beischlaf gleichwohl stattgefunden hat, die Ehe dadurch giltig und mithin auch unauflöslich wird, c. 6. 8. 9. 11. eod. — c. un. de desponsat. imp. in VI. (4. 2.), v. Savigny System Bd. III. §. 111. S. 82. Glück Thl. XXIII. §. 1203.

b) Vernunftlosigkeit oder Wahnsinn. — (lichte Zwischenräume ausgenommen, §. 8. J. 3 20. — l. 20. §. 4. D. 28. 1. — l. 1. §. 3. D. 41. 2. — l. 2. C. 4. 38. — l. 9. C. 6. 22. — l. 6. C. 5. 70), wozu auch andere Zustände von gleicher Art gerechnet werden, wie fieberhaftes Delirium, arg. l. 60. D. 42. 1.

---

*) Solche Verträge, durch welche die Befreiung von einer Verbindlichkeit für den Pupillen bewirkt wird, kann er daher giltig eingehen. Geschieht dieß durch Novation, so wäre die neue Verbindlichkeit ungiltig, während gleichwohl die erstere erloschen bleibt; §. 3. J. 3. 30. Zahlungen kann der Pupill ohne auctoritas tutoris insofern nicht giltig leisten, als darin eine Veräußerung liegt. Dieß ist aber nicht nach Rudorff's Vormundschaftsrecht II. S. 280. so weit auszudehnen, daß auch das zurückgefordert werden könnte, worauf derselbe, wenn er nicht gezahlt hätte, wirksam belangt werden konnte, s. vielmehr v. Vangerow Pand. I. §. 279. S. 595. der VI. Aufl.; denn dagegen würde exc. doli Platz greifen; Sintenis Civilr. Bd. I. S. 140. der II. Aufl.

— l. 113. de V. S. 50. 16., wo dasselbe wenigstens als Hinderniß des gerichtlichen Handelns anerkannt ist — Nachtwandeln und durch magnetische Behandlung erregter Somnambulismus; s. v. Savigny a. a. O. §. 112.

c) Höchste Trunkenheit. c. 7. C. 15. qu. 1. — cap. 14. X. 3. 1. (welche indessen bei Verbrechen die Strafe und bei Delicten die Entschädigungs-Verbindlichkeit nicht ausschließt.*) Um einen Vertrag wegen Trunkenheit anfechten zu können, genügt ein solcher Grad derselben, welcher die zur Eingehung eines Rechtsgeschäfts erforderliche Willensfähigkeit des Contrahenten aufhob. Es wird nicht erfordert, daß sie bis zu völliger Sinnesverwirrung oder Bewußtlosigkeit gesteigert gewesen sey; s. Erk. d. O.-Trib. zu Stuttgart in Seuffert's Archiv Bd. III. H. 2. S. 167. Auf ähnliche Weise entschied das O.-A.-G. in Cassel, s. Strippelmann's Sammlung Thl. V. Abthl. 2. S. 688. „Zur Anfechtung des Vertrags genügt schon eine Beschränkung der Willensfreiheit, ohne wirkliche Aufhebung derselben. Es ist anzunehmen, daß eine solche Trunkenheit, welche den Zeugen durch die Sprache, die Reden und die Bewegungen bemerkbar geworden, auch die Willensfreiheit beschränkt und so die genügende Einsicht in die Bedeutung der Rechtsverhältnisse entzogen habe."

d) Vom höchsten Grad des Zorns behaupten Manche dasselbe, weil l. 48. D. 50. 17. und l. 3. D. 24. 2. dies von einer im Zorn ausgesprochenen Ehescheidung sagt. Allein, was zu einer Ehescheidung erforderlich wird, ist nicht zugleich Erforderniß jeder anderen Handlung; Glück Thl. IV. S. 53., v. Savigny System Bd. III. S. 87.

e) Interdiction wegen Verschwendung, welche in den Gesetzen bald dem Wahnsinn gleichgestellt und als völlige Willenslosigkeit bezeichnet ist, l. 40. D. 50. 17. — nach andern Gesetzesstellen aber mit dem Zustand des impubes pubertati proximus in analoges Verhältniß gesetzt ist; v. Savigny a. a. O. Bd. III. §. 112. Inwiefern Taubstumme zu Rechtsgeschäften befähigt seyn können s. oben Kap. V. §. 26. Blinde haben vollkommene Fähigkeit zu Rechtsgeschäften, nur sind bisweilen die

*) Bei einer durch verfälschte Getränke verursachten Trunkenheit würde dieselbe jedoch nur demjenigen zur Last fallen, durch dessen Schuld die Handlung veranlaßt ist; Heimbach im Rechtslexikon Bd. IX. S. 191.

Förmlichkeiten vermehrt. Vergl. das vorige Kap. V. §. 26. Fr. 14—17. 24—28.

Zu 2) Die stillschweigende Einwilligung kann man entweder aus eigenen Handlungen einer Person, re ipsa, actu, rebus et factis, oder aus ihrem Stillschweigen zu Handlungen Anderer ableiten; l. 5. D. 46. 8. — l. 142. D. 50. 17. — c. 43. de R. J. in VIto; aus ersteren, wenn sie unzweideutig, d. i. nur aus einer bestimmten Absicht erklärbar sind, oder (wie beim consensus implicitus) zu einer nothwendigen Folge führen,*) aus letzterem, wenn neben der factischen Möglichkeit auch eine rechtliche Verbindlichkeit, sich zu erklären, gegeben war;**) Hommel Rhaps. Vol. II. Obs. 411., vergl. Kori, Abh. über die stillschweigende Willenserklärung §. 4., Glück Thl. IV. §. 290.; das qui tacet, consentit, l. 142. D. 50. 17. — c. 43. de R. J. in VIto 5. 11. kann nicht als allgemeine Regel gelten; l. 8. §. 1. D. 3. 3. Das Schweigen eines Gegenwärtigen auf einen gemachten Antrag ist darum als Verneinung zu betrachten, weil es für die Bejahung eines Heraustretens aus dem Schweigen bedürfte;***) die Frage: ob ein an einen Abwesenden gemachtes Erbieten, auf welches eine Antwort in gewöhnlicher Zeit nicht erfolgt ist, als abgelehnt oder angenommen zu betrachten ist, wird im Obligationenrecht Kap. V. des allgem. Theils erörtert werden.

---

*) Wenn der, dessen Geschäfte ich besorge, sie ohne Widerspruch geschehen läßt, oder wenn Jemand wissentlich Handlungen geschehen läßt, welche er zu verhindern verpflichtet war; l. 6. §. 2. l. 18. D. 17. 1. — l. 7. §. 1. l. 12. pr. D. 23. 1. — l. 12. D. 21. 2. — l. 38. §. 1. D. 24. 1. — l. 60. D. 50. 17. —

**) Ausnahmen finden sich indeß solche, welche theils in der besonderen Wichtigkeit des Rechtsverhältnisses, theils in dem natürlichen Anspruch auf Ehrerbietung, theils in dem Zusammenhang des gegenwärtigen Schweigens mit früheren Willenserklärungen ihren Grund haben; s. l. 7. §. 1. l. 12. pr. D. 23. 1. — l. 5. D. 1. 7. — l. 5. i. f. C. 8. 49. — l. 4. §. 3. D. 27. 7. — l. 5. C. 5. 4. — l. 2. pr. D. 50. 1. — l. 1. C. 10. 60. — l. 1. §. 4. D. 25. 3. — l. 2. §. 2. D. 24. 3. — l. 37. pr. D. 36. 1. — l. 12. l. 16. D. 14. 6. — l. 1. §. 3. D. 14. 4. — l. 13. §. 11. D. 19. 2. — l. 6. §. 2. D. 17. 1. — l. 60. D. 50. 17. — l. 5 pr. C. 2. 56. — l. 19. D. 39. 3. wegen Duldung einer schädlichen Anlage.

***) Trägt mir also ein Anderer einen Vertrag an, mit der Erklärung, daß er mein Schweigen als Einwilligung betrachten werde, so bindet mich dieses dennoch nicht, da jener kein Recht hat, mich, wenn ich nicht einwillige, zu einem positiven Widerspruch zu nöthigen; v. Savigny System Bd. III. S. 249.

Zu a) Ja; wenn nicht die Umstände zum Beweis einer andern Absicht dienen, so ist dadurch die Einrede des Erlasses begründet, l. 2. §. 1. D. 2. 14. — l. 3. D. 33. 3. — cf. l. 59. D. de leg. III. (32.), Glück a. a. O. Thl. IV. S. 96. statuirt, daß diesfalls der Gläubiger beweisen müsse, dem Schuldner den Schuldschein zu einem andern Behuf ausgehändigt zu haben. — Gleicherweise involvirt die Zurückgabe der pfandschaftlichen Urkunde die Erlassung des Pfandrechts; l. 7. C. 8. 26.

Zu b) In der Rückgabe der Schuldurkunde liegt keine Rechtsvermuthung, sondern nur eine praesumtio hominis für die geleistete Zahlung, l. 14. C. 8. 43. — Quistorp rechtl. Bemerk. Thl. I. S. 273. no. 79., Vermehren in Linde's Zeitschr. Bd. XI. S. 262.

Zu c) Die geschehene Tilgung der Schuld wird in so lange angenommen, als nicht der Gläubiger durch augenscheinliche Beweise darthun kann, daß und wieviel noch geschuldet werde; l. 24. D. 22. 3.

Zu d) Nach l. 12. pr. D. 23. 1. — l. 7. §. D. eod. cap. un. de despons. imp. in VIto. — l. 5. l. 25. C. 5. 4. wäre diese Frage zu bejahen, die Praxis ist aber dagegen; s. Leyser Sp. 290. Med. 8., Hommel Rhaps. 71. not. 7., Berger Oecon. jur. pag. 114.

Zu e) Ja; l. 4. §. 3. D. 27. 7.

Zu f) Ja; l. 2. §. 2. D. 24. 3.

Zu g) Ja; l. 37. pr. D. 36. 1.

Zu h) Ja; l. 12. l. 16. D. 14. 6., sowie auch, wenn der Sohn mit seinem peculio Handelsgeschäfte treibt, das Stillschweigen des Vaters als Einwilligung gilt und er sich deshalb die actio tributoria gefallen lassen muß.

Zu i) Ja; l. 13. §. 11. D. 19. 2. l. 16. C. 4. 65. Mehreres s. Glück Thl. XVII. S. 275.

Zu k) Ja; l. 6. §. 2. D. 17. 1. — l. 60. D. 50. 17.

Zu l) Diese Frage findet zwar eine Bejahung in l. 19. D. 39. 3. si *patiente* vicino opus faciam, ex quo ei aqua pluvia noceat, non teneri me act. aquae pluviae arcendae, jedoch mit der Einschränkung: Si non per errorem aut imperitiam deceptus fuerit: nulla enim voluntas errantis est. — Wenn man für die bejahende Meinung die l. 8. D. 8. 6. anführt: si stillicidii immittendi jus habeam in aream tuam, permisero tibi jus in ea area aedificandi, stillicidii immittendi jus amitto etc., so übersieht man auf ganz unstatthafte Weise den wesentlichen Unterschied zwischen permittere und pati. Durch letzteres kann der Servitutberechtigte den Besitz zwar, aber nicht das Recht verlieren, so lange nicht die Verjährungszeit hinzukommt; Höpfner Instit. Comm. §. 368., Cocceji jus controv. Lib. VIII.

Tit. 8. qu. 3., Kori Abh. über die stillschweigende Willenserklärung S. 44.

Zu m) In der Regel gilt eine solche pro herede gestio der aditio hereditatis gleich, §. 7. J. 2. 19. l. 20. pr. §. 1. D. 29. 2. — jedoch kann diese Annahme durch Irrthum, oder erweisliche andere Absichten und durch ausdrückliche Gegenerklärung aufgehoben werden.

Zu n) Allerdings; l. 5. D. 46. 8. —

Zu o) Nein; l. 57. pr. D. 2. 14. —

Zu p) Ja; l. 26. §. 1. D. 20. 1. —

Zu q) Ja; l. 12. D. 21. 2. —

Zu r) Ja; l. 18. D. 34. 4. —

Zu s) Kori a. a. O. S. 21. bejaht diese Frage. Die von ihm angeführten Beweisstellen scheinen aber nicht zur Rechtfertigung dieser Meinung zu genügen, l. 11. §. 12. D. de leg. III. (32.) sagt nur: wenn der Testator die von ihm legirte Sache aus Noth veräußert hat, so könne daraus allein die Aufhebung des Legats ohne weitere vom Erben beizubringende Beweise der Willensänderung nicht gefolgert werden; allein das argumentum a contrario ist hier, wie gar häufig, zu gefährlich. So sagt auch §. 13. a. a. O. die Einziehung der, einem Andern legirten Schuld vom Schuldner könne nicht für sich allein die Absicht, das Legat zurückzunehmen, beweisen, und Gleiches statuirt §. 12. J. 2. 20. im Fall der vom Testator vorgenommenen Veräußerung der zuvor legirten Sache.

Zu t) Ja; l. 6. §. 2. l. 7. D. 18. 3. — l. 4. C. 4. 54. —

Zu u) Der Glaubwürdigkeit kann dann vom Producenten gar nicht mehr, dem Inhalte aber nur dann widersprochen werden, wenn die Urkunde mehrere ganz verschiedene Gegenstände umfaßt. Ist aber Letzteres nicht der Fall, so hebt auch eine Protestation des Producenten wider die ihm schädlichen Stellen der Urkunde das in dem Factum des Gebrauchs liegende Anerkenntniß nicht auf; Leyser Sp. 263. Med. 4. u. 5., Canz de probabilitate §. 188. 193., Kori Abhandlung über die stillschweigende Einwilligung S. 24.

Zu v) Leyser Sp. 173. Med. 5. will hieraus einen Erlaß der Gegenforderung schließen, wenn die Compensation mehrmals unterlassen worden ist. Eben so Hellfeld Jurispr. for. 66. Tit. II. §. 935. Dagegen s. Glück Thl. XV. S. 111. Auch ein eidliches Zahlungsversprechen schließt den Gebrauch der Compensation nicht aus; Glück a. a. O. S. 104., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. I. Nr. 49.; vergl. preuß. Landr. Thl. I. Tit. XVI. §. 373.

Zu w) Für die Bejahung dieser Frage spricht Leyser Sp. 345. Med. 5. etc., Kori a. a. O. S. 26. —

Zu x) Nein; vielmehr kann die Entsagung auch blos aus Abneigung gegen die Unannehmlichkeiten eines Processes geschehen seyn; Kind qu. for. T. III. p. 414., Kori a. a. O. S. 26.

Zu y) Nein; es darf nicht über die bloße Absicht, die Testaments-Errichtung zu bezeugen, hinausgegangen werden; l. 39. D. 13. 7. — l. 14. C. 4. 2. —

Zu z) In der Regel kann ich in Folge meiner bloßen Unterschrift nur als Zeuge angesehen werden, wenn nicht aus den Umständen eine andere Absicht erhellt, Zachariae Lib. Quaest. no. 22. Anders ist es bei Wechseln [aus welchen jeder Mitunterzeichner als Correalschuldner neben dem Acceptanten, Aussteller oder Indossanten haftet: A. D. Wechselordnung Art. 81.].

Zu aa) Als consentirend wird er ohne Zweifel gelten müssen, wenn er gleich nicht sogleich schon Mitschuldner durch seine Unterschrift wird; s. preuß. allgem. Landr. Thl. I. Tit. XVIII. §. 314 ꝛc., Kori a. a. O. S. 30. not. 79.

Zu bb) Bejahend entscheidet cap. 8. de procur. in VIto (1. 19.) Glück Thl. XV. S. 355. §. 959.

Zu cc) Nach römischem Recht nicht, l. 75. §. pen. D. de V. O. 45. 1. — l. 8. D. 13. 4. — l. 121. D. de V. S. 50. 16. — Mevii Dec. P. I. D. 219. — Stryck Us. mod. Lib. XXII. Tit. I. §. 8. — Hommel Rhaps. 221.

Nur die Verzugszinsen verliert der Gläubiger durch unbedingte Annahme des Capitals, vermöge besonderer gesetzlicher Vorschrift, l. 49. §. 1. D. 19. 1. — l. 54. D. 19. 2. — l. 4. C. 4. 34. — l. 13. C. 4. 32. — Anders verordnet das preuß. Landr. Thl. I. Tit. XI. §. 842. u. 843.

Zu dd) Wenn ich einen nicht vollgiltigen Zeugen producire, so liegt darin nach der Meinung Mehrerer ein Anerkenntniß, daß ich ihn als vollgiltig annehmen will; l. 17. C. 4. 20. sagt bestimmt, daß ich die Glaubwürdigkeit der gegen mich producirten Zeugen nicht anfechten kann, wenn ich eben derselben mich selbst in einer andern Sache bedient habe, — es wäre denn eine später eingetretene Feindschaft erweislich; vergl. Härlin rechtl. Abh. von der stillschweigenden Einwilligung S. 22., Kreittmayr Anmerkungen zum Cod. Jud. Bavar. Cap. X. §. 11. lit. a. etc. Dagegen hält Kori a. a. O. S. 53. dafür, man könne nur annehmen, daß ich einem solchen Zeugen nur eben so viel Glauben beigelegt wissen wolle, als die Gesetze gestatten.

Zu ee) Bejahend urtheilt Kori a. a. O. S. 51. So entscheidet auch das preuß. allgem. Landr. Thl. I. Tit. XIII. §. 129. [und das allg. deutsche Handelsgesetzbuch Art. 296.]

Zu ff) In der Regel ist ihm sein Schweigen unschädlich, s. l. 142. D. de R. J. l. 44 de R. J. in VIto; dem steht nicht entgegen l. 60. D. 50. 17., denn sie enthält nur den Fall eines stillschweigenden Auftrags; auch nicht l. 4. §. ult. D. 27. 7., indem es eine gerichtliche Handlung zum Gegenstand hat. Fälle betrüglichen Schweigens unterliegen jedoch einer anderen Entscheidung, l. 2. C. 8. 16., Leyser Sp. 188. Med. 1.

Zu gg) Da wird der anwesende Dritte als genehmigend angesehen, l. 53. D. 17. 1.

Zu hh) Ja; l. 5. l. 8. C. 4. 32.

Zu ii) Diese Frage kommt gewöhnlich in folgendem Falle vor: A. hat sein Haus oder Gut an B. in Miethe gegeben, dann aber an C verkauft, welcher den B. stillschweigend in der Miethe sitzen läßt. — Eine Relocation ist dies nicht; denn diese könnte nur unter den ursprünglichen Contrahenten stattfinden. Es kann aber als ein zwischen dem Käufer und Miethsmann stillschweigend geschlossener neuer Miethcontract gelten. Das Bedenken, daß es hierzu an der für solchen Vertrag nach §. 1. J. 3. 25. nöthigen Bestimmung des Miethgeldes fehle, welches wenigstens dann in Betracht kommt, wenn dasselbe nicht schon durch Gesetze und Gewohnheit bestimmt ist, hebt sich durch die Betrachtung, daß der bisherige Miether doch jedenfalls ein Aequivalent für die fortgesetzte Benutzung schuldig wäre, und dessen Größe von ihm schon durch die Anerkennung des Werthes, welchen die Miethe für ihn bisher gehabt hat, außer Zweifel ist; Leyser Sp. 213. Med. 1. Walch controv. jur. civ. Ed. III. pag. 632., Glück Thl. XVII. S. 274., Struben rechtl. Bedenken Thl. 3. Nr. 58.

Zu kk) Die Erklärung: nicht kaufen zu wollen, scheint nach dem Grundsatz stricter Auslegung und der gegen Verzichte streitenden Vermuthung noch nicht zu involviren, daß man, wenn es doch zum Verkauf kommt, das Recht, zu verhindern, daß das Grundstück in fremde Hände kommt, aufgeben wolle. Deshalb wurde die im Fall eines retractus gentilitius entstandene Frage verneinend entschieden in Albrecht's Rechtsfällen Bd. III. S. 315., Berlich P. III. Concl. 40. no. 40.

Zu ll) Manche Rechtsgelehrte statuiren, daß Derjenige, welcher eine ihm zugestellte Rechnung ohne Widerspruch annimmt und behält, als dieselbe anerkennend zu betrachten sey; s. Menoch de praesumt.

Lib. III. Praes. 65., Mevii Decis. P. III. no. 65., allein die l. 16. D. 14. 6., auf welche sie diese Meinung gründen, berechtigt zu dieser Annahme nicht; s. Bülow und Hagemann prakt. Erörter. Bd. IV. S. 89., Struben rechtl. Bed. Thl. I. Nr. 72.

Zu 3) Man kann sich jeder näheren Bezeichnung, welche nicht in Nennung besteht, eben so gut bedienen; l. 34. D. 35. 1. — Wenn aber die Sache oder die Person durch die Demonstration ihre alleinige Bestimmung erhalten hat, so wird dieselbe durch Nichtzutreffen vernichtet, l. 85. de leg. D. III. (32.) — l. 10. D. 34. 2. — Verhält sie sich aber nur als Zusatz, der auch fehlen könnte, ohne daß deshalb die Willenserklärung zweifelhaft würde, so ist das Nichtzutreffen unschädlich; l. 17. pr. l. 33. pr. l. 17. §. 1. l. 34. pr. D. 35. 1., ausgenommen, wenn die Demonstration von der Zukunft entlehnt ist, denn da gilt sie als Bedingung.

Zu 4) Die Ratihabition gilt in der Regel der ursprünglichen Einwilligung gleich; ratihabitio mandato comparatur; l. 12. §. 4. D. 46. 3. — l. 25. in f. C. 5. 16. — l. 7. pr. C. 4. 28. bewirkt also, daß das Geschäft so behandelt wird, als wäre es gleich anfänglich vollgültig geschlossen worden. Es versteht sich übrigens von selbst, daß die Ratihabition nicht andere gesetzwidrige Eigenschaften des Geschäfts, sondern nur die vitia consensus heilen könne, wozu auch temporäre persönliche Unfähigkeit zu rechnen ist; s. Glück Thl. XIII. §. 850. S. 376 ꝛc., Thl. XVII. §. 1026. Hiernächst ist aber zu beobachten, daß die Rückwirkung nicht Jemandes wohlerworbene Rechte kränken dürfe, s. v. Vangerow Pand. §. 88. not. 1. — Leidet das Rechtsgeschäft an einem von der Einwilligung ganz unabhängigen, mithin durch diese nicht zu heilenden Mangel, so kann die Genehmigung nur von dem Augenblick an wirken, wo der anderweite Mangel gehoben ist; l. 4. §. 6. D. 1. 16. — s. übrigens l. 9. D. 3. 5. — l. 3. C. 8. 38. — l. 3. C. 3. 32.

Zu 5) Wenn der, dessen Geschäfte ich besorge, sie ohne Widerspruch geschehen läßt, oder wenn Jemand wissentlich Handlungen geschehen läßt, welche er zu verhindern verpflichtet war; l. 6. §. 2. l. 18. D. 17. 1. — l. 7. §. 1. l. 12. pr. D. 23. 1. — l. 12. D. 21. 2. — l. 36. §. 1. D. 24. 1. — l. 60. D. 50. 17.*) —

Zu 6) Nein; s. l. 24. pr. D. 46. 8. —

Zu 7) Der Satz der Alten: expressa nocent, non expressa non nocent läßt sich wohl am einfachsten so erklären: Es gibt nicht nur

*) Zur Entkräftung der Wirksamkeit als stillschweigender Willenserklärung dient bekanntlich die Protestation oder Reservation.

solche conditiones tacitae, bei welchen der rechtliche Erfolg nothwendig immer derselbe bleibt, sie mögen nun auch ausdrücklich erklärt seyn oder nicht, z. B. Erbeinsetzung unter der Bedingung, daß der Erbe den Testator überlebt, oder wenn er Erbe seyn will u. dergl. Da ist denn die beigesetzte Bedingung ebenso unschädlich als überflüssig; es gibt aber auch solche sich an und für sich von selbst verstehende Voraussetzungen, welche in Gestalt ausdrücklicher Bedingungen einen verschiedenen rechtlichen Erfolg haben, z. B. bei dem Legat: si voluerit; wäre dieser Beisatz nicht gemacht, so wäre mit dem Tod des Testirers dem Legatar das Vermächtniß ohne weiteres erworben, so daß er es auf seine Erben transmittiren könnte, zufolge der beigefügten Voraussetzung aber kommt es nun erst noch auf einen Thatumstand an. Hat er sich bei Lebzeiten nicht mehr zur Annahme erklärt, so kann er das Legat nicht auf seine Erben transmittiren. — Wenn an Rechtsgeschäfte, welche zufolge gesetzlicher Bestimmungen in bedingter Art nicht zulässig sind, eine — wenngleich nur dergleichen conditio quae tacite inest angehängt wird, so wird das Geschäft ungiltig, z. B. die Enterbung des Sohnes darf vom Vater nicht bedingter Weise geschehen, weil für den der Bedingung entgegengesetzten Fall der Sohn präterirt seyn würde; s. v. Savigny System Bd. III. S. 124. not. i. Der verschiedene Erfolg macht daher die Verordnung des Vaters: Titius heres esto, et *cum heres erit Titius*, filius exheres esto zur ungiltigen Enterbung, l. 68. D. 28. 5. Dagegen machen die Worte des Testators: *quisquis mihi ex supra scriptis heres erit*, aut *si heres erit Sejus*, vel *si hereditatem adierit*, l. 3. D. de legat. I. (30.) das Vermächtniß nicht zu einem bedingten, sondern sprechen nur etwas Ueberflüssiges ganz unschädlich aus.

---

§. 37.

b) Willenshandlung — Mängel derselben.

Furcht und Zwang.

1) Wie müssen Furcht und Zwang beschaffen seyn, um als Hinderniß der Willensfreiheit zu gelten?
2) Kann die actio quod metus causa blos gegen den Urheber der Furcht oder auch gegen Dritte geltend gemacht werden?
3) Was versteht man unter metus causam dans und metus incidens, und wie sind sie in ihrer rechtlichen Wirkung verschieden?

4) Wenn in einem Rechtsgeschäft die Furcht nicht von den Mitcontrahenten, sondern von einem Dritten ungerechter Weise erzeugt wurde, was ist dann die rechtliche Folge?
5) Macht auch Ueberredung ein Rechtsgeschäft ungiltig [anfechtbar]?
6) Kommt auch metus reverentialis in Betrachtung?
7) Was ist Rechtens, wenn die durch Furcht und Zwang abgenommene Sache durch Zufall zu Grunde ging, und zwar entweder bei dem Zwingenden oder einem Dritten bonae oder malae fidei Besitzer?

Dolus, Simulation.

8) Wie ist der Begriff von dolus zu bestimmen?
9) Kann dolus auch durch wissentliches stillschweigendes Dulden des nicht von uns selbst hervorgebrachten Irrthums, mithin durch unser blos leidendes Verhalten begangen werden?
10) Wie unterscheidet sich dolus causam dans und dolus incidens?
11) Geht die dem Betrogenen in den Gesetzen gewährte Hülfe blos gegen den Betrüger oder auch gegen Dritte? —
12) Was versteht man unter Simulation und was für Folgen hat sie?

Irrthum.

13) Was für verschiedene Fälle hat man sich bei den Redensarten error prodest, — non nocet, — nocet, — non prodest zu denken? —
14) Wie lautet die Hauptregel des R. R. über error juris vel facti? und was für Ausnahmen sind zu statuiren?
15) Wird irrige Subsumtion eines Falles unter die Gesetze dem error juris oder dem error facti beizuzählen seyn?
16) Wie ist der bei Frage 14. angegebene Hauptsatz: juris ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere, durch weitere gesetzliche Bestimmungen modificirt?
17) Was für verschiedene Wirkungen hat der Irrthum in jure und in facto bei der Usucapion?
18) Ist error facti proprii für absolut unverzeihlich zu achten?
19) Werden, wenn es darauf ankommt, ob in facto proprio oder alieno geirrt worden sey, die Handlungen solcher Per-

sonen, durch welche man erwirbt, oder an deren Stelle man tritt, als facta aliena angesehen?

20) Wie ist es in Ansehung des Beweises des Irrthums zu halten?

21) Welche Personen sind in den Gesetzen besonders rücksichtlich der Unwissenheit und des Irrthums begünstigt, und in wie weit?

22) Welchen Einfluß hat der Irrthum bei Delicten und

23) auf die Verbindlichkeit zum Schadenersatz wegen unerlaubter Handlungen?

24) Was ist im Fall eines error communis Rechtens?

25) Desgleichen von Irrthümern der Partei oder ihres Anwaltes im Proceßverfahren?

25a) Findet die condictio indebiti auch auf das aus einem Rechtsirrthum Gezahlte Anwendung?

26) Kann die an einen öffentlichen Beamten geleistete Zahlung, zu deren Einhebung ein rechtlicher Grund mangelte, zurückgefordert werden?

27) Findet die condictio indebiti allemal statt, wenn man etwas aus einem Irrthum in Thatsachen ohne Verbindlichkeit geleistet hat? In welchen Fällen ist diese Condiction besonders durch gesetzliche Vorschriften ausgeschlossen?

28) Welche Arten des Irrthums fallen in die Categorie des wesentlichen, und welche in die des unwesentlichen Irrthums? —

Zu 1) Es wird zwar nicht gerade physischer Zwang (vis) erfordert, es kann auch ein psychologischer Zwang oder gefährliche Bedrohung (metus) seyn, aber diese muß ein bedeutendes Uebel zum Gegenstand haben, wie Leib und Leben und Freiheit; l. 3. §. 1. l. 7. §. 1. l. 8. pr. §. 2. D. 4. 2. — l. 3. D. 4. 6. — l. 13. C. 2. 4. — l. 7. C. 2. 20. — l. 4. l. 22. l. 23. §. 1. u. 2. D. 4. 2. — es sey nun für den Handelnden selbst, oder seine Kinder; l. 8. §. 3. D. 4. 2. — wohl auch — ex ratione legis für Gatten und Geschwister; s. Sintenis Civilr. Thl. I. S. 187. not. 7., Weiske Rechtslexikon Bd. III. S. 743. Dagegen wird nicht berücksichtigt Bedrohung des guten Rufs oder auch des Vermögens,*) insbesondere

*) Nämlich nicht die actio quod metus causa ist dafür gegeben, indem es gegen derlei Erpressungen andere Schutzmittel gibt, z. B. condictio ob

mit Processen, l. 7. pr. D. 4. 2. — l. 10. C. 2. 20. oder auch der Zwang, ein Recht aufzuheben, welches man selbst erst erzwungen hatte; l. 12. §. 1. D. 4. 2.

Auch darf die Furcht nicht bloßer Einbildung oder Charakterschwäche zuzuschreiben seyn; es muß also ein wahrscheinliches Uebel obgewaltet haben, welchem schwer zu widerstehen war; l. 6. D. 4. 2. — l. 7. pr. l. 9. pr. D. eod. — l. 184. D. 50. 17. — metus qui merito et in constantissimo homine cadat. Ueberall versteht sich übrigens, daß der Zwingende kein Recht zum Zwang gehabt haben müsse; l. 3. §. 1. D. 4. 2.

Zu 2) Die actio oder except. quod metus causa geht in rem, l. 9. §. 8. D. 4. 2. — l. 14. §. 3. D. 4. 2. — l. 4. §. 33. D. 44. 4., Glück Comm. Thl. V. S. 498. §. 449., mithin kann Niemand in Folge einer erzwungenen Handlung etwas erwerben.

Zu 3) Die Furcht ist causam dans, wenn das ganze Rechtsgeschäft nur durch sie bewirkt, incidens, wenn nur die vorliegende Modification desselben durch die erregte Furcht verursacht ist.

Im ersten Fall ist die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts die Folge, im zweiten Fall ist nur die widerrechtlich erzwungene Modification unverbindlich und gibt ein Recht, vom Andern Schadenersatz zu fordern; l. 5. C. 2. 20. — s. Glück Thl. IV. S. 175. §. 300., Thibaut System II. §. 455. Andere stellen jedoch den m. incidens dem causam dans ganz gleich; s. Mühlenbruch Doct. Pand. T. II. p. 232. bezüglich l. 1. D. 4. 2. [v. Savigny, System, Bd. III. S. 100 ff. Die neueste Schrift, Schliemann, Lehre vom Zwang (1861) schließt sich vielfach an die ältere Theorie an und versucht mehr eine theoretische als praktische Ausbildung derselben.]

Zu 4) Es kommt hierbei zunächst darauf an, ob der Dritte die Schließung des auf solche Weise durch seine Drohungen erzwungenen Geschäfts beabsichtigte oder nicht. Im letzteren Fall wird das Rechtsgeschäft dadurch durchaus nicht in seiner Wirksamkeit alterirt, l. 9. §. 1. D. 4. 2. Im ersteren Fall ist nach Glück Thl. IV. §. 300. S. 180. zu unterscheiden, ob der Mitpaciscent, dem aus Anlaß der von einem Dritten erregten Furcht etwas versprochen wurde, davon gewußt hat, daß der Promittent aus Furcht oder Zwang zusage, oder ob ihm dies unbekannt geblieben ist.

Im ersten Fall ist der Vertrag ungiltig, l. 5. C. 2. 20. —

---

turpem causam l. 2. pr. l. 4. §. 2. D. 12. 5., s. auch Dig. 3. 6. de calumniatoribus.

im andern Fall gestaltet sich die Wirkung verschieden, je nachdem der Vertrag von dem gezwungenen Promittenten schon erfüllt ist, oder nicht. Ist er erfüllt, so muß sich der Promittent an Denjenigen halten, welcher ihn auf solche widerrechtliche Weise in Schaden versetzt hat, und nur, wenn von diesem nichts zu erholen ist, kann er Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen das geschlossene Geschäft verlangen, l. 14. §. 3. D. 4. 2.; ist aber der Vertrag von ihm noch nicht erfüllt, so kann er sich gegen Jeden, der ihn aus dem Versprechen belangt, mit der exc. metus schützen.

Abweichend hiervon sind Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. II. p. 232. und Thibaut System Bd. II. §. 455. (8. Ausg.), bezüglich l. 14. §. 3. D. 4. 2. insofern, als dieselben den durch Zwang eines Dritten mit der Intention, das Geschäft dadurch zu bewirken, erzeugten Vertrag ohne Rücksicht auf das Wissen oder Nichtwissen des Mitcontrahenten der Rescission unterwerfen, und die Worte: eo sciente in der l. 5. C. 2. 20. enunciativ betrachten, cf. Braun's Dictate zu Thibaut S. 175. §. 152.

Zu 5) Nur dann, wenn Betrug damit verbunden ist; Glück a. a. O. S. 181., Leyser Sp. 42. Med. 2. — l. 3. D. 29. 6. — l. 3. C. 6. 34. — l. 9. §. 1. D. 4. 3. — l. 7. C. 2. 21.

Zu 6) Nein; l. 22. D. 23. 2. — l. 6. C. 2 20. — Schilling Lehrb. f. Institut. 2c. Bd. II. S. 262. not. h.; nur dann, wenn ich mich durch zu weit getriebene Ehrerbietung zu einer Handlung bewegen lasse, welche eine Strafe für mich zur Folge hat, kann nach l. 1. §. 6. D. 44. 5. eine solche Strafstipulation für ungiltig erachtet werden.

Zu 7) Nach l. 14. §. 11. D. 4. 2. muß der wegen Zwangs Verklagte diesen Zufall präſtiren, wenn die Sache nicht eben so gut auch bei dem Kläger zu Grunde gegangen seyn würde, oder dieser sie nicht hätte vorher verkaufen können; s. Glück Thl. V. S. 503. — Gleiches gilt vom dritten Besitzer, wenn er mala fide besaß. Der b. f. Besitzer hat bekanntlich den casus niemals, und vor dem wider ihn erhobenen Proceß selbst negligentia nicht zu präſtiren; l. 40. pr. D. 5. 3. — l. 14. §. 5. D. 4. 2. — Er könnte daher nur für den später durch seine Schuld veranlaßten Untergang der Sache haftbar seyn.

Zu 8) Der Begriff von dolus (Arglist) ist im R. R. bekanntlich ein so ausgedehnter, daß namentlich die exc. doli generalis, wie Hänel im civilist. Archiv Bd. XII. S. 420. bemerkt, als ein Universal-Schutzmittel gegen alle Ungerechtigkeiten, welche auf Kosten des guten Glaubens durch eine zu weit getriebene Strenge und einseitige Conse-

quenz in Anwendung gewisser allgemeiner Rechtssätze geschehen können, oder nach Cicero de natura Deorum Lib. III. c. 30. als ein everriculum malitiarum omnium, vergl. den Fall in A. Gellius noctes Atticae, Lib. V. c. 10., erscheint. Viele Belegstellen aus den Gesetzen s. Weiske's Rechtslexikon, Bd. III. S. 719. ꝛc., Hänel a. a. O. S. 422.

Nach den gewöhnlichen Begriffen ist dolus die absichtliche Täuschung des Andern, um ihn dadurch zu einer Handlung oder zur Unterlassung einer Handlung zu veranlassen. Man unterscheidet dolus bonus, als erlaubte List, um sich vor widerrechtlichen Beschädigungen zu sichern, l. 1. §. 2. 3. D. de dolo, Bensey im Rhein. Museum Bd. VII. S. 3. 27. und dolus malus, um den Andern in Schaden zu bringen. Praktische Beispiele für die Anwendung der act. de dolo, wo sie — nämlich außer Vertragsverhältnissen — Hülfe gewährt, z. B. commendatio dolosa, consilium fraudulentum etc., s. l. 9. §. 1. l. 7. §. ult. l. 8. l. 12. l. 40. D. de dolo malo. l. 47. D. de. R. J.*)

Zu 9) Dies ist nur unter Voraussetzung eines solchen Vertragsverhältnisses möglich, bei welchem ein solches passives Verhalten als rechtswidrig erscheint, oder welches zu solcher Offenheit verbindet, daß hier Schweigen und Reden als ein untrennbares Ganzes betrachtet werden muß; l. 43. §. 2. l. 35. §. 8. D. (18. 1.) — l. 11. §. 5. D. (19. 1.) — l. 1. §. 2. D. (4. 3.) — l. 4. §. 4. D. 21. 1.; Gmelin von den Folgen des Betrugs bei Verträgen §. 90.

Zu 10) Der Unterschied beruht blos auf der Wirkung, welche der dolus im einzelnen Falle gehabt hat; er ist nämlich causam dans, wenn ohne ihn die Handlung ganz unterblieben wäre; incidens, wenn er einzelne Willensrichtungen veranlaßt hat, welche sich ohne ihn anders gestaltet hätten, z. B. wenn das Geschäft unter nachtheiligeren Bedingungen eingegangen wurde, als außerdem der Fall gewesen wäre, wofern der Betrogene um den Betrug gewußt hätte. Im ersten

*) Hierher gehört auch der Fall bei Cicero de officiis L. III. c. 15., wenn ein Kauflustiger Einen oder Mehrere aufstellt, welche zum Schein geringe Gebote thun und so bewirken, daß die Versteigerung, welche außerdem wegen Mangels an Licitanten nicht erfolgt seyn würde, wirklich vor sich gehe, und er die Sache recht wohlfeil erhalte. Da können jene colludirenden Schein-Licitanten de dolo wegen der Schäden in Anspruch genommen werden. Hingegen wider die vom Verkäufer beauftragten Licitanten, welche nur den Preis in die Höhe zu treiben bezwecken, findet kein Anspruch wegen Betrugs statt; s. Gesterding Irrthümer der Rechtsgelehrten Abthl. III. S. 78.

Fall findet Wiederaufhebung des Geschäfts, im zweiten nur ein Entschädigungs-Anspruch statt. S. Sintenis Civilr. Bd. I. §. 22. Anm. 13.

Zu 11) Nur gegen den Betrüger und dessen Erben oder Universalsuccessoren, gegen Singularsuccessoren aber nur mit Einschränkung. s. oben von der Restitution wegen Arglist (§. 23.).

Zu 12) Man versteht unter Simulation jede Verstellung oder Verheimlichung der Wahrheit, wenn nämlich der Handelnde, oder in zweiseitigen Geschäften beide Parteien gemeinschaftlich, zum Schein etwas handeln, worauf ihr Wille gar nicht gerichtet ist, oder in Ansehung der Personen oder Handlungen etwas Anderes unterstellen, als sie wirklich verhandeln, l. 30. D. 23. 2. — l. 12. D. 39. 3. — l. 54. l. 55. D. 18. 1. — l. 3. §. 2. D. 44. 7. — l. 17. C. 4. 29. — es geschehe übrigens in guter, gleichgiltiger oder böser Absicht, in welch' letzterem Fall jedoch die Simulation die Natur des Betrugs annimmt; l. 7. §. 9. D. 2. 14. — l. 49. pr. D. 19. 1.

Die Folge davon, wenn eine Handlung blos zum Schein, ohne irgend eine Handlung zu wollen [einen Rechts-Willen dabei zu haben], unternommen wird, ist, daß gar kein Rechtsgeschäft entsteht, l. 55. D. 18. 1. —; wird aber die äußerliche Handlung unternommen, um ein anderes Geschäft, mit dem es eigentlich dem Handelnden Ernst ist, dadurch zu verdecken, so gilt die Vorschrift: plus valet, quod agitur, quam quod simulate concipitur; tit. Cod. 4. 22. — soweit nämlich darin kein Betrug gegen Dritte liegt und das wirklich Gewollte nicht rechtlich unzulässig ist; s. Sintenis Civilr. I. §. 17. Anm. 46.

Zu 13) Error prodest heißt so viel, als ich kann unter dem Schutz der Unwissenheit ein Recht erwerben, welches ich mit Wissen nicht erlangen könnte, z. B. cum conscientia rei alienae könnte ich nicht usucapiren, ohne dieses Wissen kann ich es.

Error juris non prodest, sagt man, wenn der Irrthum mich nicht von den Nachtheilen befreit, welche die Gesetze mit gewissen Handlungen oder Unterlassungen verbinden; l. 7. D. 22. 6. — l. 11. l. 12. C. 1. 18. Wer z. B. von einem Mündel kauft, ohne daß dieser die Ermächtigung des Vormundes dazu hatte, kann nicht vermöge seiner Unkenntniß dieses rechtlichen Erforderniſſes die Sache durch Ersitzung erwerben; l. 4. D. 22. 6. cf. l. 2. §. 15. D. 41. 4.

Error juris nocet, sagt man, wenn der Irrthum mich der Vortheile verlustig macht, welche mir das Gesetz unter gewissen Bedingungen dargeboten hat, welche ich aber aus Unkenntniß versäumte.

Error non nocet, wenn er mich entweder an einer Erwerbung

oder Erlangung eines Vortheils nicht hindert; (z. B. in usucapione, bonorum possessione, hereditate delata, omnique alicujus rei acquisitione) oder nicht den Verlust dessen, was ich mein nennen kann, nach sich zieht, mich nicht in eine an sich nicht vorhandene Verbindlichkeit versetzt.

Zu 14) Regula est, juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere; l. 1. pr. §. 1—4. l. 4. l. 9. pr. §. 3. u. 5. D. 22. 6. — Ignorantia juris wird nämlich in der Regel als nicht zu entschuldigend angesehen, weil die Gesetze absolut fordern, daß der Unterthan der Gesetze sich deren Kenntniß erwerbe, dagegen ignorantia vel error facti in der Regel verzeihlich ist, cum jus finitum et possit esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat. l. 2. D. 22. 6.

Der Unterschied beider Arten der Unwissenheit liegt also im Grunde nur darin, daß bei dem error in jure der Ausnahmsfall eines error justus vel probabilis vom Irrenden bewiesen werden muß, beim error facti aber der Entkräftigungsgrund der groben Nachlässigkeit (summa negligentia, negligentia crassa, nimia securitas, supina ignorantia wie es in den Gesetzen heißt: l. 7. D. 16. 1. — l. 5. §. 1. D. 41. 10. — l. 11. §. 3. D. 14. 3. l. 3. l. 5. in f. D. 41. 10. — l. 42. D. 50. 17. — l. 8. C. 6. 30.) vom Gegner zu beweisen ist; v. Savigny System ꝛc. Bd. III. S. 338., v. Vangerow, Bd. I. §. 83. S. 139. der VI. Aufl.

Der Unterschied zwischen factischem und Rechtsirrthum fällt übrigens bei letztwilligen Bestimmungen hinweg; denn der Grund dieses Unterschieds, welcher darin liegt, daß kein auf eigener Nachlässigkeit beruhender Irrthum dem Irrenden zu Gute kommen soll, ist hier keiner Anwendung fähig. Legate sollen daher ungiltig seyn, sobald erwiesen werden kann, daß des Erblassers Wille durch einen Irrthum hervorgerufen worden ist und ohne diesen Irrthum nicht vorhanden gewesen wäre, gleichviel ob der Erblasser seinen Irrthum leicht erkennen konnte oder nicht. Erk. d. O.-A.-G. in Oldenburg in Seuffert's Archiv Bd. VII. S. 91.

Zu 15) Da die Gesetze nur zwischen error juris und error facti unterscheiden, so muß der schädlich gewordene Irrthum in der Subsumtion oder in der Gesetzesanwendung entweder in die eine oder in die andere Kategorie gebracht werden; v. Savigny System, Bd. III. S. 327. setzt einen Irrthum dieser Art in die Klasse des factischen Irrthums; denn die Rechtsregel sey als das feste unabänderlich Gegebene anzusehen, unsere Aufgabe sey es, die einzelnen Elemente der

Thatsachen theils durch Zergliederung, theils durch Verbindung dergestalt zu einem Ganzen zu bilden, daß die feste Rechtsregel darauf anwendbar erscheine.

So enthält die l. 38. pr. D. 12. 6. einen verwickelten Fall, in welchem der Condiction einer Nichtschuld stattgegeben wird; Mühlenbruch im civilist. Archiv Bd. II. S. 423. sucht ihn als Beleg für seine Meinung, daß auch das aus error juris Gezahlte condicirt werden könne, geltend zu machen, je weniger aber diese Meinung überhaupt aufrecht erhalten werden kann, um so geneigter wird man seyn, ihn mit v. Savigny a. a. O. S. 464. dem error facti beizuzählen.

Dieses gilt auch von der l. 25. §. 6. D. 5. 3., indem der dort unterstellte Fall: putavit recte factum testamentum cum inutile erat, eine irrige Subsumtion unter die Gesetze involvirt.

Der Grundsatz: „wenn es sich um unrichtige Subsumtion des Einzelnen unter die Rechtsvorschrift, um Anwendung der letzteren auf das Rechtsverhältniß fragt, so ist ein dabei unterlaufender Irrthum nicht als error juris, sondern als error facti zu betrachten," l. 2. D. 22. 6. — l. 38. D. 12. 6. ist außer von Savigny System Bd. III. S. 327. u. 338. und Leyser Sp. 645. m. 17., Glück Thl. 22. S. 283. neuerlich vertheidigt von Puchta Pand. §. 57., Sintenis Civilr. I. S. 78. — Herrmann in Linde's Zeitschr. N. F. III. S. 92. findet darin eine Mischung von Elementen, welche dem error juris, sowie dem error facti angehören.

Zu 16) Jener Satz gilt zwar als regelmäßige Entscheidungsnorm, aber nicht als Regel ohne Ausnahme. Denn was A. den Rechtsirrthum betrifft, so ist der Fall, daß Jemand nicht leicht im Stande war, Rechtsbelehrung zu erlangen, nach l. 9. §. 3. D.. 22. 6. von der Unentschuldbarkeit des Rechtsirrthums ausgenommen, was aber ebendaselbst als seltener Fall bezeichnet wird, vergl. §. 5. ibid. Gleiche Nachsicht gegen den Rechtsirrthum muß ex ratione legis im Fall eines controversen Rechts, oder eines oft schwer kennen zu lernenden Gewohnheitsrechts stattfinden, c. 1. de constit. in VIto. (1. 2.), s. v. Savigny System Bd. III. S. 337., welch' letzteren Fall indeß Puchta im Gewohnheitsrecht II. S. 217. zum factischen Irrthum zählt. Ferner wird ein von Cujac. und Donell. angenommener, von v. Savigny a. a. O. S. 346. aber gänzlich verworfener Unterschied zwischen dem Fall gemacht, wo aus Unkenntniß oder irriger Ansicht des Rechts ein positiver Vermögensverlust eintrat, oder nur die Erwerbung eines Vortheils unterblieb, oder erst ein Vermögensverlust in Aussicht steht; l. 7. l. 8. D. 22. 6. l. 11. C. 1. 18.

Von dem Grundsatz B. der Entschuldbarkeit des Irrthums oder der Unwissenheit in Thatsachen gilt — wie schon vorhin bemerkt — eine Ausnahme dann, wenn diese Unwissenheit auf grober Nachlässigkeit beruht. Der zweite Ausnahmsfall von der Unentschuldbarkeit des Rechtsirrthums ist der schwierigste. Wenn auch, wie v. Savigny System Bd. III. §. 114. und Beil. VIII. dafür hält eine durchgreifende Rechtsregel und ein festes System über den Einfluß des Irrthums aus den römischen Gesetzesfragmenten kaum zu abstrahiren möglich scheint, so bleibt es doch immer Pflicht jedes Praktikers, den Geist der römischen Gesetze aus ihren einzelnen wenigstens Anhaltspunkte und Analogien gewährenden Aussprüchen zu erforschen. Es scheint aus dieser Casuistik folgendes hervorzugehen: Wenn die Herrschaft des Rechts nicht anders sich im Leben verwirklichen kann, als ausschließend jede entgegengesetzte Wirksamkeit, so scheint auch angenommen werden zu müssen, daß durch Rechtsirrthum oder Unwissenheit ein nicht existirendes Recht nicht erzeugt werden könne, folglich dadurch auch nicht das, was den Rechten nach wirklich mein ist, aufhören könne, mein zu seyn. Donell. Comm. Vol. I. pag. 169. u. 183. Lib. I. Cap. 23. §. 7. Wohl aber kann und muß ich derjenigen Vortheile, welche mir die Gesetze nur unter Voraussetzung gewisser Handlungen oder Unterlassungen darbieten, verlustig gehen, wenn ich aus Unkenntniß des Rechts unterlasse, was ich thun, und thue, was ich unterlassen soll, um den gesetzlichen Vortheil zu erwerben; denn die Gesetze fordern absolut, daß man sich mit ihnen bekannt mache. Dahingegen werde ich der mit bloßen Thatsachen für mich erwachsenden rechtlichen Vortheile und Erwerbungen nicht dadurch verlustig, daß ich sie nicht kannte, oder sie mir anders dachte, indem die rechtlichen Folgen bestimmter Thatsachen unabhängig von meinem Wissen bestehen, nämlich nicht durch mein Wissen bedingt sind. — Es ist demnach

A. in Ansehung des Rechtsirrthums entschieden, daß eine gesetzlich für unwirksam erklärte Handlung nicht durch Unkenntniß des Rechts wirksam werden könne; l. 54. D. 12. 6. sagt: ex quibus causis, quae jure non valuerunt vel non habuerunt effectum, secuta per errorem solutione condictioni locus erit; ingleichen l. 59. D. 12. 6. — si fidejussor jure liberatus solverit errore pecuniam, repetenti non oberit. — Eine exceptio perpetua kann nicht durch die aus Unkunde derselben erfolgte Leistung ihre Wirksamkeit verlieren; l. 26. §. 3. D. 12. 6. Indebitum autem solutum accipimus non solum, si omnino non debeatur, sed et si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat, hoc

quoque repeti poterit, nisi sciens se tutum exceptione solvit. — Wer aus einem gesetzlich ungiltigen Titel durch Ersitzung erwerben will dem hilft es nicht, daß er das Gesetz nicht kannte, welches diesen Titel verwerflich macht, z. B. daß ein Pupill ohne Autorität des Vormunds nicht verkaufen kann; l. 4. D. 22. 6. — l. 31. pr. D. 41. 3. — So kann auch die gesetzlich bestimmte Natur eines Gegenstands durch Unwissenheit und Irrthum nicht alterirt werden. Ein Beispiel enthält l. 20. pr. D. 10. 2. Die Miterben einer verheiratheten Tochter, welche ihr empfangenes Heirathsgut in die elterliche Erbschaft zu conferiren hatte, hatten sich irrig die Sicherheit für das einzuwerfende Heirathsgut dergestalt bestellen lassen, daß sie, was sie daran von ihrem Mann wieder erhalten werde, nach Verhältniß der Erbtheile herauszahlen wolle. Sie starb vor ihrem Mann, und dieser wurde, weil die Stipulation mit der rechtlichen Natur der dos unvereinbarlich war, zur Einwerfung derselben gleichwohl schuldig erachtet; quia imperitia coheredum formam jurisdictionis mutare non potuit. — Ebenso l. 16. §. 2. D. 4. 4. in folgendem Fall. Der Erbe war im Testamente gebeten, mehrere Sachen der Bruderstochter unter der Bedingung zu geben, daß sie, wenn sie ohne Kinder sterben sollte, dieselben dem Erben zurückgeben möge. Der Erbe starb aber vor ihr, und nun leistete sie dessen Erben Caution für die künftige Zurückgabe; da dies offenbar gegen die rechtliche Natur der Fideicommisse war, so wurde ihr auch die Zurückforderung der Caution gestattet. — Ferner l. 37. D. 34. 2. Ein Erbe hatte unter dem weiblichen Schmuck oder Putz auch die Frauenkleider verstanden; die Entscheidung ging sofort dahin: Ornamentorum appellatione vestem muliebrem non contineri, nec errorem heredis jus mutasse respondi. — So ist in l. 49. §. 1. D. 46. 1. eine aus dem Erbschaftsverhältniß irrig abstrahirte Zahlungsverbindlichkeit der Condiction unterworfen. A. hatte nämlich für die Summe von 20 zwei Bürgen B und C. Der Bürge B starb mit Hinterlassung zweier Erben. Einer von diesen Beiden zahlte — offenbar unverbindlich — das Ganze mit 20. Es fragte sich nun, ob er 10 oder 15 condiciren könne, und es wurde der Condiction wenigstens wegen der 10 Statt gegeben; vergl. auch l. 38. pr. D. 12. 6. und Blätter für Rechtsanwendung Bd. I. S. 252. Dagegen kann nie Rechtsunwissenheit und Irrthum von den im Gesetz mit einer Handlung oder Unterlassung verbundenen Nachtheilen befreien. Dies ist besonders ausgesprochen in l. 9. §. 5. D. 22. 6. und l. 9. C. 6. 50. bei unterlassenem Gebrauch der falcidischen Quart aus Unkenntniß dieser Zuständigkeit, ferner in l. 2. C. 1. 18. im Fall einer ohne die gesetzliche

Vorsicht übernommenen Erbschaft. cf. l. 3. C. eod. Hierher eignet sich auch der in l. 48. pr. D. 46. 1. vorgesehene Fall. Hier wird, nachdem Titius und Seja sich für den Mevius verbürgt hatten, Titius wegen der rechtlichen Unwirksamkeit der weiblichen Mitverbürgung zur Zahlung des Ganzen verurtheilt; denn er hätte wissen können und sollen, daß jene keinen Effect habe. Nach dem Grundsatze „exceptio firmat regulam in casibus non exceptis“ kann auch l. 1. pr. D. 36. 4. hierher angezogen werden. Hier hatte der Erbe, welchem durch das Testament die Sicherheitsleistung erlassen war, dennoch eine solche in der irrigen Meinung bestellt, daß sie ihm vom Testirer nicht habe erlassen werden können, und die Zurückforderung wurde gleichwohl statuirt. Principienmäßig hatte dies nicht stattfinden können, das Gesetz deutet aber auch durch den Ausdruck „benigne“ deutlich eine Ausnahme ex favore singulari testamentorum an.

Die l. 2. C. 6. 42., wo dem Erben, welcher ein ungiltiges Fideicommiß nach erlangter Kenntniß des Testaments ausgerichtet hat, die Zurückforderung versagt wird, scheint gleichfalls die Regel: error juris semper nocet zu bestätigen; der beigefügte Grund aber: „die Erben konnten ja ohne Rücksicht auf das Testament aus eigenem Bewußtseyn des hinterlassenen Fideicommisses dem Willen des Verstorbenen genügt haben,“ deutet vielmehr auf die Ansicht: es erhelle nicht mit Gewißheit, ob eine wirkliche Nichtschuld vorhanden sey.

Am unbedenklichsten werden die nachtheiligen Folgen des Irrthums von einseitigen Willenshandlungen hinweggenommen. Nach l. 8. C. 1. 18. kann, wenn ein Testament durchaus ungiltig ist, durch das bloße Bekenntniß des Intestaterben, es sey Jemandem durch Testament die Freiheit geschenkt, noch nicht bewirkt werden, daß die Freilassungen giltig wären.

Nach l. 20. pr. D. 10. 2. kann ich, wenn ich mir aus Irrthum weniger stipulirte, als ich zu fordern berechtigt war, oder wenn ich eine Zeit lang weniger nahm, als ich mit Recht fordern konnte, das Uebrige ungehindert nachfordern. Nach l. 79. D. de legat. (31.) hatte eine Wittwe, welche bei ihrem Tod den Freigelassenen ihres Mannes gewisse Fideicommisse zu hinterlassen verpflichtet war, den Nießbrauch derselben Fideicommisse auch ihren Freigelassenen vermacht; Jene, welche die Güter aus dem Testament des Ehemannes hätten fordern sollen, hatten nun aus Rechtsunwissenheit das zweite Fideicommiß mit den übrigen lange Zeit hindurch genossen, es war aber kein

Zweifel darüber, daß sie dadurch die Klage auf das erste Fideicommiß nicht verloren hätten. Jedenfalls findet die Zurückforderung des irrig Gezahlten statt, wenn der Empfänger in mala fide war, ferner von Seite irrender Soldaten, oder solcher, welchen wegen Mangel an allen Kenntnissen oder wegen Schwachsinn die Gesetze eine schützende Ausnahme gestatten; l. 25. §. 1. D. 22. 3. Noch mehr privilegirt sind die Frauen, welche sowohl wegen Zahlung des indebitum, als bei unterlassener Forderung von Cautionen der Rechtsirrthum entschuldigt; l. 13. C. 1. 18. und die Minderjährigen l. 6. l. 7. D. 4. 4. — l. 2. — 4. C. 1. 18. Eine unterlassene Erwerbung wird wegen Rechtsirrthums nicht geschützt, wenn er auch sonst entschuldbar seyn sollte; l. 4. 7. 8. D. 22. 6. — l. 2. — 4. C. h. t. Eine allgemeine Ausnahme hiervon ist nur bei Versäumniß der Frist zur Antretung der bon. possessio, wenn sie aus einem entschuldbaren Rechtsirrthum herrührt; ein besonderes Privilegium genießen die Minderjährigen auch hier und die Soldaten in einigen Fällen der Fristenversäumniß; l. 7. §. 6. D. 4. 4. — l. 9. pr. h. t. l. 1. 11. C. 1. 18. — l. 8. C. 6. 9. — Wenn der aus dem Rechtsirrthum hervorgehende Vermögensverlust erst künftig eintreten soll, namentlich bei der promissio indebiti schadet der error juris oder facti nicht; l. 51. pr. D. 2. 14. — l. 5. §. 1. D. 19. 1. — l. 7. C. 1. 18. — l. 1. pr. D. 36. 4. Hat demnach Jemand etwas versprochen oder eine Verpflichtung anerkannt, in der Meinung, rechtlich verbunden zu seyn, was er wirklich nicht war, so kann er die Erfüllung mit Berufung auf seinen Irrthum verweigern. Günther Princ. jur. rom. §. 205.; Thibaut Versuche II. S. 120., v. Savigny a. a. O. S. 450., Erk. d. O.-A.-G. in Dresden, s. Wochenbl. f. Rechtsfälle 1852. S. 121., Kritz Rechtsfälle I. S. 248.

B. Beim factischen Irrthum findet der gesetzliche Ausspruch vorzüglich Anwendung: „errantis nulla voluntas est; l. 20. D. 39. 3. — l. 8. C. 1. 18. — non videntur, qui errant, consentire l. 116. §. 2. D. 50. 17. — l. 9. C. 1. 18. — l. 2. pr. D. 5. 1. — Es verdienen hier folgende Beispiele erwähnt zu werden: l. 19. u. 20. D. 39. 3. Wenn ich meinem Nachbar zur Errichtung eines Werkes zu einer mir schädlichen Ableitung des Regenwassers meine Einwilligung gegeben habe, so bleibt mir die act. aquae pluviae arcendae gleichwohl offen, wenn ich durch Irrthum und Unkunde zu jener Einwilligung verleitet war, welche wohl billig nicht auf das Unvorhergesehene zu erstrecken ist, was vielleicht technische Kenntniß voraussetzte; l. 22. D. 29. 2. bestimmt, daß die Verbindlichkeiten der Erbschaftsannahme nicht auf

mich fallen, wenn ich gleich wie ein Erbe über die Verlassenschaft disponirt habe, wenn ich dies aus einem andern vermeintlichen Grund der Dispositionsbefugniß gethan habe; denn damit Jemand sich dadurch, daß er sich wie ein Erbe benimmt, als solcher verpflichte, ist es nothwendig, daß ihm der Grund bekannt sey, aus welchem ihm die Erbschaft anfällt; l. 16. D. 12. 6. sagt: Wenn ich etwas, was ich nur unter Bedingung schuldig bin, aus Irrthum bezahlt habe, während die Bedingung schwebt, so kann ich es pendente adhuc conditione zurückfordern, nicht aber, wenn die Bedingung eintritt. Auf ähnliche Weise entscheidet l. 26. §. 10. D. 12. 6. Si quis quasi ex compromisso condemnatus, falso solverit, repetere potest. Nach l. 2. §. 1. D. 12. 6. kann jede aus einem, nachher für falsch oder pflichtwidrig oder ungiltig befundenen und umgestoßenen Testament geleistete Zahlung zurückgefordert werden. Nach l. 1. pr. D. 36. 4. kann der Erbe, wenn er Bürgschaft geleistet hat, ohne zu wissen, daß ihm die Sicherheitsbestellung im Testament erlassen sey, dieselbe zurückfordern. Nach l. 17. §. 10. D. 50. 1. schließt der Irrthum desjenigen, welcher sich für einen Bürger gehalten und in dieser Voraussetzung bürgerliche Aemter angenommen hat, seine Rechtsvertheidigung dagegen nicht aus; l. 10. C. 4. 5. statuirt: wenn ich nur alternativ verbunden war, und aus Unwissenheit Beides leistete, so frage sich nur, ob ich bei Zurückforderung einer von beiden Leistungen die Wahl habe, oder ob die Wahl dem Empfänger zusteht, und diese Frage wird dahin entschieden, daß mir, dem beim Geben die Wahl zustand, dieselbe auch beim Zurückfordern zustehen müsse; l. 29. pr. u. §. 2. D. 17. 1. sagt: wenn ich als Bürge zahlte, ohne zu wissen, daß dem Hauptschuldner die exc. non num. pecuniae zustehe, so kann ich gleichwohl gegen diesen das Gezahlte durch die Auftragsklage zurückfordern, denn er hätte mich unterrichten sollen; l. 6. C. 1. 18. sagt: si indebitam errore facti olei materiam vos spopondisse rector provinciae animadverterit, reddito, quod debetis, residui liberationem condicentes audiet. Gleicherweise läßt l. 6. C. 4. 5. mir die Condiction zu, wenn ich aus Unwissenheit der Thatsachen für einen Andern eine Summe zahle, welche dieser nicht schuldig war. Desgleichen l. 7. l. 9. C. 6. 50. und l. 8. C. 4. 5. wenn ich aus Irrthum in Thatsachen ein nicht schuldiges Legat oder Fideicommiß ausrichtete. So wird man zwar bei unterlassenem Gebrauch der falcidischen Quart, wenn der Abzug aus Unkenntniß des Rechts unterlassen wurde, dieser rechtlichen Wohlthat verlustig, wogegen es unschädlich ist, wenn die Unterlassung aus einem factischen Irrthum entsprang, l. 9. C. 6. 50. — Die l. 5. C. 4. 5.

spricht aus: si a patre emancipatus ei non intra praestituta tempora jure honorario successisti, quicquid indebitum postea per errorem (utpote patris successor) dedisti, ejus condictionem competere non est incerti juris. — In l. 2. 3. u. 4. D. 12. 6. ist entschieden, daß die bereits bezahlten Legate zurückgefordert werden können, wenn ein neuer und unvermutheter Grund die Erbschaft entzogen hat; z. B. ein posthumus erschien, während der Erbe nicht wußte, daß die Wittwe schwanger sey. Die Unschädlichkeit des Irrthums geht hier so weit, daß derjenige, welcher ohne Verschulden die Legate zahlte, nicht die Gefahr der Schuldforderungen trägt und vielmehr der rechte Erbe die Legate zurückzufordern hat; das Zurückforderungsrecht wird hier ferner statuirt, wenn etwas aus einem Testament bezahlt worden seyn sollte, welches nachher als ein falsches oder pflichtwidriges oder umgestoßenes sich gezeigt haben sollte, oder wenn nach langer Zeit sich Schulden ergeben hätten, oder ein lang verborgenes Codicill zum Vorschein käme, welches eine Entziehung schon bezahlter Legate enthält, oder eine Verminderung dadurch herbeiführt, daß auch Andern Legate hinterlassen worden sind, ingleichen wenn ein anderes Testament entdeckt werden sollte. Uebereinstimmend hiermit verordnet auch l. 17. D. 5. 3. für den Fall, wenn dem Testamentserben erst nachher vom Intestaterben Streit erregt und die Erbschaft evincirt worden ist. — Wäre diesfalls zu besorgen, daß der Legatar unvermögend wäre, das ohne Caution Empfangene zu restituiren, so kann der vermeinte Testamentserbe so viel von der Erbschaft zurückbehalten und seine Klagen dem Kläger abtreten, so daß dieser sie nun auf seine Gefahr anstellen mag. In l. 5. C. 1. 18. heißt es: da durch ein falsches Anführen dasjenige, was in Wahrheit besteht, auf keine Weise verletzt werden darf, so hast du dadurch, daß du das vom Vater herrührende Vermögen für mütterliches ausgabst, nichts ausgerichtet.

Vom Irrthum über das Eigenthum sagt l. 18. C. 3. 32.: Wenn deine Sache sich bei einem Andern befindet, so hat dir dein Irrthum über das Eigenthum an derselben nicht schaden können, wenn nicht ein anderer Grund gegen dich eingetreten seyn wird; so auch l. 54. D. 6. 1.: wenn Jemand eine Sache als ihm gehörig späterhin erkannt hat, so könne er dadurch, daß er einem Andern sie eigenthümlich verlangenden, ohne zu wissen, daß sie ihm selbst gehöre, als Sachwalter beigestanden hat, sein Eigenthum nicht verlieren; l. 35. D. 41. 1. sagt: Wenn mein Procurator oder Vormund eine ihm eigenthümliche Sache irrig, als ob sie mir gehöre, einem Andern übergeben hat, so entgeht Jenem dadurch sein Eigenthum nicht, und ist keine Veräußerung

vorhanden*); quia nemo errans rem suam amittit.**) Umgekehrt, wenn ich eine Sache von dem Eigenthümer tradirt bekomme, den ich irrig für Nichteigenthümer hielt, so werde ich darum nicht minder Eigenthümer; l. 9. §. 4. D. 22. 6. An der Usucapion würde mich meine opinio rei alienae zwar hindern, weil ich dann in mala fide wäre, allein der Usucapion bedarf ich ja nicht, wenn mir der wahre Eigenthümer tradirt hat. — l. 6. D. 3. 6. nimmt an, daß ein bedungener Zeitraum erst von erlangter Kenntniß zu laufen anfange, quia qui nescit, is videtur experiundi potestatem non habere. — Wenn du, sagt l. 47. D. 12. 6., nicht geschuldetes Geld versprochen hast und der Bürge für dich zahlte, so ist es möglich, daß er in deinem Namen gezahlt hat, dann bist du dem Bürgen, dir aber ist der Stipulator verbindlich; hat aber der Bürge in seinem Namen bezahlt, was er nicht schuldete, so kann er selbst vom Stipulator zurückfordern, weil er nach jus gentium nicht schuldiges Geld gezahlt hat; um wie viel weniger er aber von dem, welchem er bezahlt hat, wird erlangen können, das wird er von dir durch die Auftragsklage erlangen, wenn er nur aus Irrthum den Fordernden durch eine Einrede nicht abgewiesen hat. — l. 7. C. 1. 18. sagt: ein Irrthum in der Sache kann, wenn das Geschäft noch nicht erfüllt ist (necdum finito negotio), Niemandem Nachtheil bringen; ist aber die Sache entschieden, so darf sie unter diesem Vorwand nicht auf's Neue angeregt werden. — l. 20.

---

*) Diese Stelle soll jedoch von einer irrigen Verwechselung bei der Tradition (error in corpore) zu verstehen seyn, s. Thibaut civilist. Versuche Bd. II. S. 107. u. v. Savigny System Bd. III. S. 355., indem sie außerdem in Widerspruch mit l. 49. §. 1. D. mandati (17. 1.) stände. Diese enthält nämlich folgenden Fall: Ich habe einen Sklaven, der dem Titius gehört, von einem Andern in gutem Glauben gekauft und besessen, darauf dem Titius den Auftrag gegeben, ihn zu verkaufen, und dieser hat ihn auch wirklich in meinem Auftrag verkauft, ohne zu wissen, daß eigentlich der Sklave sein gehöre. Nun fragte es sich um die Gewährleistung und den Auftrag, und es wird respondirt: Titius sey gleichwohl dem Käufer verbindlich, wenn er gleich als Bevollmächtigter verkauft habe, und könne die bereits übergebene Sache nicht vindiciren: er könne nur die Auftragsklage anstellen, wenn er dabei Schaden gehabt haben sollte, weil er ihn vielleicht nicht verkauft haben würde.

**) Donell im Comment. Vol. I. pag. 169. sagt hierbei: Nemo enim errans in dominio rei eam rem amittit, cum non discedat dominium, nisi a volente in negotiis gerendis; errantis autem nullus sit consensus, nulla voluntas, etsi maxime in jure erret. Irrthum über die Substanz ist dann unzweifelhaft ein wesentlicher, wenn Ausdruck oder Natur und Absicht des Vertrags durchaus auf eine bestimmte Substanz geht.

D. 14. 6. gesteht, wenn Einer, während er in der Gewalt seines Vaters war, Geld vorgeschossen erhalten, und dann, nachdem er Hausvater geworden ist, aus Unwissenheit der Thatsachen dieses Geld mittelst einer Novation durch Stipulation auf sich genommen hat (expromisit), und nun aus dieser Stipulation verklagt wird, dem Verklagten die exc. in factum zu. — l. 8. §. 2. D. 2. 8. verordnet: wenn ich einen Sclaven zum Bürgen annahm, ohne zu wissen, daß er ein Sclave sey, so kann ich verlangen, daß von Neuem Sicherheit geleistet werde. Zwar scheint dieser Fall keine Entschuldigung zu verdienen, indem l. 19. pr. D. 50. 17. fordert: nemo debet conditionis ejus, cum quo contrahit, esse ignarus, indessen mag die Nichtigkeit der Handlung die Fortdauer des Rechts zur Folge gehabt haben; l. 29. §. 1. D. 17. 1. entscheidet die Frage, ob der Bürge, welcher aus einer ungiltigen Bürgschaft gezahlt hat, die Klage wider den Hauptschuldner habe, bejahend für den Fall, daß er Thatsachen nicht wußte, verneinend aber, wenn er das Recht nicht wußte.

Daß übrigens eine Leistung, welche mir zufällig zum Nachtheil gereicht, deshalb nicht retractirt werden dürfe, davon gibt ein Beispiel l. 8. u. l. 9. D. 12. 6. — indem es da heißt: was im Namen eines Ehemannes, der zahlungsunfähig ist, ein Anderer etwa der Ehefrau gezahlt hat, kann er nicht zurückfordern, und eben so wenig kann der Ehemann, wenn er, da er nichts gewähren konnte, die Mitgift gezahlt haben sollte, dieselbe zurückfordern. —

Ueber den Einfluß des Irrthums bei Verträgen s. in Bd. III. das Obligationenrecht.

Zu 17) In Beziehung auf bona fides kann, wie schon aus anderem Anlaß bemerkt wurde, Irrthum und Unwissenheit sehr nützlich seyn. Ich kann nämlich, was ich cum conscientia rei alienae nicht könnte, aus Unwissenheit, daß die Sache eines Andern sey, oder indem ich sie aus einem auf wahrscheinlichen Grund beruhenden Irrthum für das Eigenthum dessen, von dem ich sie erwerbe, halte, allerdings usucapiren.

Umgekehrt aber kann mir der Irrthum schädlich werden, wenn ich — obgleich irrig — glaube, nach den Gesetzen nicht usucapiren zu können, denn im ersten Fall bin ich in bona, im zweiten in mala fide.

Mein Rechtsirrthum hebt hier die bona fides auf, ohne welche die Verjährung mir nicht von Statten gehen kann; l. 32. §. 1. D. 41. 3. — l. 11. D. 41. 4. — l. 4. D. 41. 8. — l. 3. l. 4. §. 2. l. 5. pr. u. §. 1. D. 41. 10.

In Beziehung auf den Titel ist der Rechtsirrthum absolut

schädlich, z. B. wenn ich den gesetzlichen Grund nicht kannte, aus welchem mein vermeinter Titel zur Verjährung verwerflich ist, z. B. wenn ich nicht wußte, daß ein Pupill ohne Autorität des Tutors nicht verkaufen kann.

Zu 18) Man kann nur annehmen, daß der Irrthum über eigene Handlungen oder über den eigenen Rechtszustand gewöhnlich mit großer Nachlässigkeit verbunden ist, mithin keine Rücksicht verdient, l. 3. pr. D. 22. 6. — l. 6. l. 7. D. 16. 1. — l. 5. §. 1. D. 41. 10. — l. 42. D. 50. 17., doch möglicher Weise können auch dabei dem Irrenden Entschuldigungsgründe zur Seite stehen. In diesem Fall wird ein Schade durch Vergessenheit eigener Handlungen eben so wohl abgenommen, als Irrthum über fremde Thatsachen, l. 1. §. 2. D. 22. 6. — l. 15. §. 1. l. 22. l. 25. pr. l. 32. §. 1. D. 12. 6. — l. 10. C. 4. 5. — l. 10. C. 1. 18., s. v. Savigny System Bd. III. S. 333. — Indessen, wenn erschwerende Umstände dieser Nachsicht entgegentreten, oder auch, wenn man verbunden war, sich über eigene Handlungen zu erklären, wird der Nachtheil des Irrthums nicht abgenommen.

Zu 19) Ja; l. 5. §. 1. D. 41. 10. — l. 42. D. 50. 17.

Zu 20) Hierüber ist folgendes zu bemerken:

1) Für den minor tritt nie die Nothwendigkeit ein, das Daseyn eines factischen oder Rechtsirrthums oder auch dessen Entschuldbarkeit zu beweisen; denn er ist schon durch seine Minderjährigkeit der Hülfe gegen jede Verletzung theilhaftig. Außerdem trifft
2) denjenigen, welcher sein Klags= oder Exceptionsrecht auf einen Irrthum gründet, zwar nach der gewöhnlichen Meinung*) die Beweislast, aber die einschlagenden Gesetzstellen deuten, der Natur der Sache gemäß, viel weniger auf eine förmliche Beweisführung, als vielmehr auf Bewirkung einer moralischen Ueberzeugung, si poterit *docere*, *ostendere*, c. 3. X. de confess. 2. 18. — c. 31. X. de testibus 2. 20. — fidem facere juramento, c. 4. X. de except. 2. 25. — c. 6. X. qui matrimonium. 4. 18. — c. 8. in VIto de elect. 1. 6. — c. 4. X. de sentent. excomm. 5. 39., wo überall von einem Bescheinigungseid die Rede ist, s. Römer die Beweislast hinsichtlich des Irrthums

*) Von welcher jedoch v. Savigny System Bd. III. S. 465. abweicht, indem er den Satz vertheidigt: „wo der Irrthum überhaupt hilft (welches in der Regel nur vom factischen gilt), da wird zugleich sein Daseyn von selbst angenommen, anstatt bei dem Rechtsirrthum, welcher überhaupt nicht helfen soll, auch schon das bloße Daseyn nicht angenommen wird.“

S. 21. ꝛc. und wenn gleich das c. 47. in VIto de R. J. 5. 12. praesumitur ignorantia, ubi scientia non probatur, nicht gerade von einer praesumtio juris verstanden werden darf, so heißt es doch wenigstens so viel, als: man dürfe wohl annehmen ꝛc.; s. dazu v. Savigny System Bd. III. S. 465. und Sintenis Civilr. Bd. II. §. 109. Anm. 57. (S. 531. der II. Aufl.): „da, wo der Irrthum einen dem Irrenden günstigen Einfluß äußert, kommt es auf einen besondern Beweis desselben nicht an, sondern sein Daseyn wird aus den Umständen erkannt." Verschiedene Ansichten s. Bethmann-Hollweg Versuche S. 359. ꝛc., Heffter zu Weber S. 277., ferner v. Vangerow Bd. III. S. 378. der VI. Aufl., Windscheid Lehre v. d. Voraussetzung S. 115. ff. 189. ff., Witte Bereicherungsklagen, S. 171. ff.

3) Insofern bei dem Beweis des Irrthums auch die Entschuldbarkeit in Frage kommen kann, folgt aus den allgemeinen Grundsätzen, daß diese nur bei dem Rechtsirrthum, nicht aber bei dem factischen Irrthum bewiesen zu werden brauche, vielmehr im letzteren Fall der Gegner die Unentschuldbarkeit darthun müsse; s. Römer a. a. O. S. 30. ꝛc.

4) Die in Beziehung auf den Rechtsirrthum Privilegirten haben in denjenigen Fällen, in welchen sie privilegirt sind, begreiflicher Weise die Entschuldbarkeit zu beweisen nöthig, daß sie aber auch das Daseyn des Irrthums nicht zu beweisen brauchten, wie v. Savigny a. a. O. III. S. 440. aus l. 9. §. 5. D. 4. 4. argumentirt, ist wohl eben so zweifelhaft, als seine auf l. 2. §. 7. D. 49. 14. begründete Annahme, daß bei den Privilegirten der Irrthum in Beziehung auf eigene Handlungen in der Regel als entschuldbar gelte; s. Römer a. a. O. S. 32. ꝛc.

5. Die Hauptregeln über die Beweislast bei der cond. indebiti enthält l. 25. D. 22. 3. und insbesondere in dem Fall, da der Irrende blos behauptet, mehr, als er schuldig war, bezahlt zu haben. Daß ihn in diesem Fall immer die Beweislast treffe, ist gegen wenige Dissentienten als die herrschende Ansicht anzunehmen, s. Glück Thl. XIII. S. 116. ꝛc., Sintenis Civilr. Bd. II. §. 109. S. 530. der II. Aufl., Heimbach in Weiske's Rechtslexikon Bd. II. S. 798.; Römer a. a. O. S. 62. ꝛc.

Zu 21) Die ausgedehnteste Begünstigung haben:

A. Die Minderjährigen, weil sie einen allgemeinen Anspruch auf Restitution gegen alles Thun oder Lassen haben, welches ihnen im

erlaubten Verkehr Nachtheil bringen kann. Daher ist ihnen der Rechtsirrthum eben so wenig, als der factische Irrthum schädlich: minoribus 25 annis jus ignorare permissum est, et ideo, sicubi non est delictum sed juris ignorantia, non laeduntur, l. 9. pr. D. 22. 6., daher ihnen auch wegen Rechtsirrthum die condict. indebiti zukommt, l. 2. C. si advers. solut. Auch wird nicht unterschieden, ob es auf Gewinnen oder Verlieren ankommt; l. 2. l. 11. C. 1. 18. — l. 7. §. 6. D. de minor. hodie certo jure utimur, ut et in lucro minoribus succurratur. — l. 9. pr. in f. D. 22. 6. — l. 1. C. de in integr. rest. 2. 22. Nur gegen Delicte und deren Folgen schützt die Unwissenheit die Minderjährigen nicht, es mögen dolose oder culpose Delicte seyn, so weit die Strafbarkeit schon dem natürlichen Rechtsgefühl nicht fremd seyn kann; ausgenommen sind solche Strafgesetze, welche eine mehr positive Natur haben, daher z. B. der Minderjährige befreit wird von der Strafe des incestus juris civilis, und der Uebertretung der Zollgesetze; l. 38. pr. §. 2. 4. 7. D. 48. 5. — l. 9. §. 5. D. 4. 4. Der dolus in Contracten schadet übrigens auch den Minderjährigen, und unterliegt nur in Ansehung der Imputabilität milderen Rücksichten; l. 37. §. 1. D. 4. 4. — l. 7. C. 9. 47. — l. 1. §. 10. in f. D. 48. 16. — l. 1. §. 5. D. 2. 13. — l. 2. C. 2. 36.

B. Frauenspersonen haben dies voraus, daß ihnen der Rechtsirrthum zur Abwendung nachtheiliger Folgen ihrer Handlungen in mehreren Fällen, jedoch nicht in der Regel l. 13. C. 1. 18., also nur ausnahmsweise zu Statten kommt, besonders zur Erlassung von Strafen positivrechtlicher Natur; l. 38. pr. §. 2. 4. 7. D. 48. 5. — cf. l. 1. §. 5. D. 2. 13. — l. 15. §. 5. D. 48. 10. — l. 2. §. 1. D. 25. 4. — l. 68. D. 23. 2. — l. 1. §. 10. l. 4. pr. D. 48. 16. — nicht aber in anderen Fällen, z. B. nach l. 2. C. 2. 35. — cf. l. 8. C. 5. 31. — außerdem bei Annahme eines untauglichen Bürgen im Proceß; l. 8. §. 2. D. 2. 8. — und bei Zahlung einer Schuld, gegen welche die Frau durch die ihr unbekannt gebliebene except. Scti. Vellej. geschützt war; l. 8. C. 4. 29. Ob diese Begünstigung auf jede von Frauenspersonen aus Rechtsirrthum geleistete Zahlung Anwendung finde, wie es nach l. 5. C. 2. 3. scheint, ist zweifelhaft. Donell. Vol. I. Cap. 21. §. 13. bejaht, v. Savigny System Bd. III. S. 434. Not. e. verneint. Unstreitig kommt den Frauenspersonen bei Schenkungen die juris ignorantia nicht zu Statten; l. 11. C. 1. 18. Ausdrücklich ist den Frauen die Begünstigung der Rechtsunwissenheit versagt bei der Frist der bonorum possessio, l. 3. C. 1. 18. — l. 6. C. 6. 9. — und bei der 30jährigen Ver=

jährungsfrist; l. 3. C. 7. 39., Thibaut Besitz und Verjährung §. 65. und 73., Unterholzner Verjährungslehre §. 136. — (was jedoch bestritten wird, s. Burchardi Wiedereinsetzung &c. 138.); aber auch bei den kürzeren Fristen der Klagenverjährung wird dasselbe gelten müssen, weil durch die l. 13. C. 1. 18. die frühere nahe Gleichstellung der Frauen mit den Minderjährigen aufgehoben worden ist.

C. Bei Soldaten kommt Rechtsunwissenheit in entschuldigende Betrachtung nach l. 22. pr. C. 6. 30., jedoch ist sie ihnen nur in einzelnen bestimmten Fällen nachgesehen, l. 9. §. 1. D. 22. 6. — l. 1. C. 2. 51. — l. 4. §. 15. D. 49. 16. — insbesondere bei fehlerhafter Testamentserrichtung; l. 1. pr. D. 29. 1. — pr. J. 2. 11. — bei versäumter Frist zur Erbschaftsantretung; l. 9. §. 1. D. 22. 6. — oder bei Antretung einer überschuldeten Erbschaft und Versäumung der Inventursfristen; §. 5. J. 2. 19. — l. 22. pr. C. 6. 30. — l. 22. §. 15. C. 6. 30. — oder der Frist im Proceß zur Vorbringung einer Einrede, was aber nicht so weit geht, daß der Soldat deswegen eine bereits geleistete Zahlung zurückfordern kann; l. 1. C. 1. 18. Die Anwendbarkeit dieser Soldatenprivilegien wird für unsere Zeit gleichwohl aus dem Grunde bezweifelt, weil sie sich auf die damalige Stellung der Soldaten, als eines eigenen Standes, bezogen haben, welche zu den Staatseinrichtungen, mithin zum öffentlichen Recht gehörte; v. Savigny System Bd. III. S. 439.

D. Rusticitas, oder der Zustand ganz roher, ungebildeter Menschen kommt in den Gesetzen auch nur in einzelnen Fällen als Restitutionsgrund vor; z. B. bei der versäumten Frist zur bonorum possessio, bei versäumter Urkunden-Edition, l. 1. §. 2—5. D. 2. 13. bei einigen mehr nach positivem, als nach jus gentium strafbaren Handlungen oder Unterlassungen; l. 2. §. 1. D. 2. 5. — l. 2. §. 7. D. 49. 14. — l. 7. §. 4. D. 2. 1. — l. 3. §. 22. D. 29. 5. (aber auch bei diesen nicht immer l. 1. C. 5. 6.) — und bei der Testamentserrichtung, l. ult. C. 6. 23. —

Zu 22) Man muß unterscheiden zwischen Delicten, zu deren Begriff das Bewußtseyn der Rechtsverletzung und der auf sie gerichtete Wille erfordert wird, und solchen, bei welchen culpa eben sowohl als dolus strafbar ist. Im ersten Fall schließt jeder Irrthum in facto die Möglichkeit des dolus begreiflicher Weise aus. Wer z. B. eine Sache in der Meinung, daß sie sein Eigenthum sey, an sich nimmt, kann nicht als Dieb angesehen werden; §. 5. J. 2. 6. — §. 1. J. 4. 2. — l. 36. §. 1. l. 37. pr. D. 41. 3. — Im letzten Fall aber kann

die Strafe durch die Berufung auf Irrthum und Unwissenheit nicht abgewendet werden, weil die culpa nicht straflos bleiben kann. —

Selbst die Unkenntniß der Strafgesetze wird bei dem weiblichen Geschlecht, der Minderjährigkeit, Rusticität und dem Soldatenstand zuweilen — wie vorhin schon bemerkt ist — nachgesehen, jedoch nur bei solchen Strafgesetzen, welche juris civilis, nicht welche juris gentium sind.

In privatrechtlichen Verhältnissen, bei welchen es auf dolus ankommt, schließt selbst der Rechtsirrthum den dolus, sowie die mala fides aus nach l. 25. §. 6. D. 5. 3.

Zu 23) Hier richtet sich Alles nach den Rechtsregeln über die praestatio culpae.

Zu 24) In Rücksicht der Vergangenheit und derjenigen Personen, welchen die wahre Beschaffenheit der Sache unbekannt geblieben ist, wird die Meinung des Publicums für die Wirklichkeit angenommen; §. 7. J. 2. 10. — l. 3. D. 1. 14.

Zu 25) Das gerichtliche Geständniß einer Partei kann, wenn es auf Irrthum beruht, widerrufen werden. Die Befreiung von dessen nachtheiligen Folgen wird durch Restitution ertheilt; s. v. Savigny System Bd. VII. S. 31. u. 42.

Irrige factische Angaben des Advocaten kann die Partei vor Ablauf dreier Tage von der Zeit des mündlichen Vortrags oder der übergebenen Schrift, wenn sie bei jenem anwesend war, oder diese unterschrieben hat, sonst aber innerhalb 3 Tagen von dem Augenblick an, wo sie Kenntniß des Vorbringens erhielt, zurücknehmen, und wird dadurch von selbst von den ihr sonst daraus zugehenden Nachtheilen befreit. Wird aber diese Frist versäumt, so bedarf es der Restitution; vergl. Weber Verbindl. zur Beweisführung IV. §. 12 — 15., Bayer Vorträge S. 191. 7. Ausg. Bethmann-Hollweg Versuche S. 313, Linde Lehrbuch d. Civilproc. §. 128., Heffter System d. Civilproc. §. 171. II. Ausg. Auch gegen Versäumnisse im Proceß wird Restitution ertheilt, durch die Restitution ex capite Novorum, wenn die Partei die neuen Thatsachen nicht gewußt oder nicht für zur Sache dienlich erachtet hat; Bayer a. a. O. S. 684., Linde a. a. O. S. 424., Mühlenbruch Entw. des gem. Civilproc. §. 411. II. Ausg., Heffter a. a. O. §. 465. ꝛc., Sintenis Civilr. Bd. I. §. 36. Anm. 97. S. 381., desgleichen gegen Versäumnisse im Proceß vor erfolgter res. jud., s. v. Savigny a. a. O. Bd. VII. S. 197., Bayer a. a. O. S. 692., Linde a. a. O. §. 423., Heffter a. a. O. §. 191., Burchardi Wiedereinsetzung S. 184.

Zu 25 a) Man hat bei Entscheidung dieser Frage früher stets die gesetzliche Unterscheidung zwischen error und ignorantia juris oder ignorantia facti als maaßgebend betrachtet, wonach nur bei Unwissenheit und Irrthum in Thatsachen nach l. 10. C. 1. 18. — l. 9. C. 6. 50. — l. 9. §. 5. D. 22. 6. die Condiction stattfinden könnte. Man muß aber auf das Princip zurückgehen, auf welches diese Distinction gegründet ist, und dieses ist unzweifelhaft: Unentschuldbarkeit, welche in der Regel bei ignorantia und error juris oder Entschuldbarkeit, welche in der Regel bei ignorantia und error facti angenommen werden darf, und weil die Regel nirgend ohne Ausnahmen besteht, so daß zuweilen umgekehrt der error facti unverzeihlich, dagegen der error in jure verzeihlich seyn kann, und zwar letzterer — wie v. Savigny System Bd. III. S. 336. bemerkt — in dem heutigen Zustand des uns überlieferten, sowie des neu geschaffenen geschriebenen und ungeschriebenen Rechts eben so häufig, als die Zahl der Ungewißheiten des Rechts groß ist, vorkommen kann, so scheint es ganz consequent, wenn v. Vangerow Bd. I. §. 83. S. 140. der VI. Aufl. und Glück Thl. XXII. S. 338. ꝛc. annimmt, die Zurückforderung einer Nichtschuld finde statt sowohl beim error facti als juris, immer aber vorausgesetzt, daß die Belehrung nicht leicht zu erlangen war.

Damit scheint indessen die Sache doch nicht gänzlich abgethan, denn die condictio indebiti beruht nach ihrem Grund und Zweck auf einem höheren Princip, welches von der Frage über Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit eines untergelaufenen Irrthums offenbar ganz unabhängig ist; s. l. 66. D. 12. 6. haec condictio ex bono et aequo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit. — Ferner l. 6. D. 12. 5. perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium, id, quod ex injusta causa apud aliquem sit, posse condici, und l. 54. D. 12. 6. ex quibus causis, quae jure non valuerunt, vel non habuerunt effectum, secuta per errorem solutione condictioni locus erit., vergl. l. 26. §. 3. D. 12. 6. l. 7. D. 22. 6. — l. 8. eod. — l. 38. pr. D. 12. 6. cf. Glück Thl. XIII. S. 88. — l. 16. §. 14. D. 39. 4. — l. 1. §. 1. D. 12. 6. — l. 1. pr. D. 36. 4. — l. 5. C. 4. 5. — l. 3. C. 4. 3. Aus diesen und mehreren andern Gesetzstellen geht hervor, daß der Richter nicht etwas zum Recht erheben kann, weil es irrig für Recht gehalten wurde. Wenn nun auch unter den alten Rechtsgelehrten die Meinungen verschieden waren, so möge wohl das, was die meisten Gesetzstellen aussprechen, das Uebergewicht behalten, welches ihm achtbare

neuere Rechtslehrer beilegen.*) Vorzügliches Gewicht legt Herrmann a. a. O. S. 121. auf l. 10. C. 4. 5., weil in ihr Justinian sich ganz für die Entscheidung des Julian und Papinian ausgesprochen hat, welche bei der condictio einer aus Irrthum gezahlten Nichtschuld dem sonst bedeutsamen Unterschied zwischen error juris und facti keinen Einfluß einräumt. Es sind hiernächst auch nur sehr wenige Gesetzstellen welche mit Grund für die entgegengesetzte Meinung angeführt werden können, hauptsächlich l. 10. C. 18. weniger l. 6. C. 4. 5., welche nur die Entscheidung eines auf ignorantia facti gegründeten Falles enthält, wobei die Frage über ignorantia juris ganz unberührt blieb, und nur das, was der Kläger behauptet hatte, zum Beweis ausgesetzt werden konnte. Positio unius non est alterius negatio. Mindere Bedeutung hat auch die l. 9. §. 5. D. 22. 6., welche nur den speciellen Fall enthält, da der Erbe sich wegen Nichtabzugs der falcidischen Quart von einem Fideicommiß mit Unkenntniß des Gesetzes entschuldigen wollte. Dürfte man auch nicht mit Herrmann a. a. O. S. 118. rc. dies als eine aus der Pietät bezüglich der Legate und Fideicommisse zu erklärende singuläre Bestimmung betrachten, so ist doch unbestreitbar, daß in diesem Fall es für den Richter gar nicht erkennbar war, ob der Erbe eben aus Pietät oder freier Willkür oder aus Unkenntniß des Gesetzes den Abzug unterlassen hatte, letzteres vielmehr als eine leere Ausflucht erschien, besonders da, wo es ein Gesetz galt, das wegen seiner überaus häufigen Anwendung nicht unbekannt bleiben konnte, weshalb eben in l. 12. C. 1. 18. ausgesprochen ist: Wir gestatten es nicht, daß sich Jemand wirklich oder zum Schein auf Unbekanntschaft mit den kaiserlichen Constitutionen berufe, weil beides nicht zu unterscheiden ist. Dagegen in einem solchen Fall, wo der Irrthum — und zwar auch bei der falcidischen Quart — erkennbar war und der Erbe sich gegen eine Zuvielzahlung auf einen Irrthum über die gesetzliche Berechnungsweise der Quart berief, der Zurückforderung des zu viel gezahlten statt gegeben wurde; l. 6. C. 6. 50. Ist aber nicht immer ein error in jure vorhanden, ich mag nun ein Gesetz nicht kennen oder

---

*) S. Mühlenbruch im civilist. Archiv Bd. II. S. 408. — Herrmann in Linde's Zeitschr. N. F. Bd. III. S. 120., Sintenis Civilr. Bd. I. S. 198. der II. Aufl. lit. e. und die bei Glück Thl. XIII. S. 138. allegirten Autoren, Erkenntnisse des App.-Ger. in Dresden in Kritz Rechtsfällen Bd. I. S. 244. und später im Wochenblatt für Rechtsfälle 1852. S. 12., Heimbach im Rechtslex. Bd. IX. S. 229., v. Wening-Ingenheim Lehrb. II. S. 295. (§. 237.)

dessen Inhalt nicht kennen? Wenn nach dem in gedachter l. 6. sowie in l. 6. D. 12. 5. u. l. 54. D. 12. 6. offenbar angedeuteten Princip, daß das Gesetz höher stehe als die Meinung, die übrigens beachtenswerthe Unterscheidung zwischen error juris und facti nur eine untergeordnete Stellung behaupten kann, so kann auch die Entscheidung nicht absolut aus den ohne Bezug auf die condictio indebiti vorkommenden Aussprüchen über Irrthum und Unwissenheit, auf welche sich v. Savigny, Puchta, v. Vangerow u. A. stützen, geschöpft werden.

Zu der diesen bedeutenden Autoritäten entgegenstehenden Ansicht drängt außerdem auch die Consequenz. Nirgends wird dem Mangel an Erkenntniß die Macht beigelegt, ein Geschäft, zu welchem ebensowenig ein äußerer als innerer Thatbestand vorhanden war, selbständig in das Daseyn zu rufen. Die Tradition, welcher die solutio hier gleich steht, setzt, um als Erwerbart zu gelten, immer eine justa causa voraus. Bei der solutio indebiti fehlt aber der äußere Thatbestand, welcher nur in einer Schenkung bestehen könnte, die doch nicht existirt und vom Empfänger nicht substituirt werden kann, weil sie dem Tradenten gänzlich fern war; es fehlt überdem auch der innere Thatbestand, nämlich die justa causa. Wegen des letzteren Mangels kann die Vindication keinem Zweifel unterliegen, wenn die Sache sich noch in specie vorfindet; wenn dies aber nicht der Fall ist, so dient analog die ex aequo et bono eingeführte condictio indebiti dazu, für den Verlust des Eigenthums Ersatz zu gewähren. Hieraus erklärt sich auch ganz l. 7. u. 8. D. 22. 6.

Bemerkenswerth ist, daß die hier vertheidigte Ansicht auch von den neueren Gesetzbüchern angenommen worden ist, namentlich vom preuß. Landrecht (was zwar v. Savigny a. a. O. Bd. III. S. 469. verneint, aber Angesichts des Thl. I. Tit. 16. §. 166. 178. 181. nicht geleugnet werden kann), auch vom österreichischen Gesetzbuch §. 1431. und vom Code Napoléon Art. 1235. 1376—1381.

Zu 26) Die bejahende Entscheidung gibt l. 16. §. 14. D. 39. 4. — cf. Zeitschrift für Recht und Gesetzgebung in Kurhessen Heft II. S. 173., Seuffert und Glück Blätter für Rechtsanwendung Bd. V. S. 45.

Zu 27) In der Regel ist hier die Zulässigkeit der Condiction unbezweifelt, und sie geht so weit, daß sie auch wegen des im Zustand des Zweifels Bezahlten stattfindet (qui mente titubante indebitam sol-

neuere Rechtslehrer beilegen.*) Vorzügliches Gewicht legt Herrmann a. a. O. S. 121. auf l. 10. C. 4. 5., weil in ihr Justinian sich ganz für die Entscheidung des Julian und Papinian ausgesprochen hat, welche bei der condictio einer aus Irrthum gezahlten Nichtschuld dem sonst bedeutsamen Unterschied zwischen error juris und facti keinen Einfluß einräumt. Es sind hiernächst auch nur sehr wenige Gesetzstellen welche mit Grund für die entgegengesetzte Meinung angeführt werden können, hauptsächlich l. 10. C. 18. weniger l. 6. C. 4. 5., welche nur die Entscheidung eines auf ignorantia facti gegründeten Falles enthält, wobei die Frage über ignorantia juris ganz unberührt blieb, und nur das, was der Kläger behauptet hatte, zum Beweis ausgesetzt werden konnte. Positio unius non est alterius negatio. Mindere Bedeutung hat auch die l. 9. §. 5. D. 22. 6., welche nur den speciellen Fall enthält, da der Erbe sich wegen Nichtabzugs der falcidischen Quart von einem Fideicommiß mit Unkenntniß des Gesetzes entschuldigen wollte. Dürfte man auch nicht mit Herrmann a. a. O. S. 118. rc. dies als eine aus der Pietät bezüglich der Legate und Fideicommisse zu erklärende singuläre Bestimmung betrachten, so ist doch unbestreitbar, daß in diesem Fall es für den Richter gar nicht erkennbar war, ob der Erbe eben aus Pietät oder freier Willkür oder aus Unkenntniß des Gesetzes den Abzug unterlassen hatte, letzteres vielmehr als eine leere Ausflucht erschien, besonders da, wo es ein Gesetz galt, das wegen seiner überaus häufigen Anwendung nicht unbekannt bleiben konnte, weshalb eben in l. 12. C. 1. 18. ausgesprochen ist: Wir gestatten es nicht, daß sich Jemand wirklich oder zum Schein auf Unbekanntschaft mit den kaiserlichen Constitutionen berufe, weil beides nicht zu unterscheiden ist. Dagegen in einem solchen Fall, wo der Irrthum — und zwar auch bei der falcidischen Quart — erkennbar war und der Erbe sich gegen eine Zuvielzahlung auf einen Irrthum über die gesetzliche Berechnungsweise der Quart berief, der Zurückforderung des zu viel gezahlten statt gegeben wurde; l. 6. C. 6. 50. Ist aber nicht immer ein error in jure vorhanden, ich mag nun ein Gesetz nicht kennen oder

---

*) S. Mühlenbruch im civilist. Archiv Bd. II. S. 408. — Herrmann in Linde's Zeitschr. N. F. Bd. III. S. 120., Sintenis Civilr. Bd. I. S. 198. der II. Aufl. lit. e. und die bei Glück Thl. XIII. S. 138. allegirten Autoren, Erkenntnisse des App.-Ger. in Dresden in Kritz Rechtsfällen Bd. I. S. 244. und später im Wochenblatt für Rechtsfälle 1852. S. 12., Heimbach im Rechtslex. Bd. IX. S. 229., v. Wening-Ingenheim Lehrb. II. S. 295. (§. 237.)

dessen Inhalt nicht kennen? Wenn nach dem in gedachter l. 6. sowie in l. 6. D. 12. 5. u. l. 54. D. 12. 6. offenbar angedeuteten Princip, daß das Gesetz höher stehe als die Meinung, die übrigens beachtenswerthe Unterscheidung zwischen error juris und facti nur eine untergeordnete Stellung behaupten kann, so kann auch die Entscheidung nicht absolut aus den ohne Bezug auf die condictio indebiti vorkommenden Aussprüchen über Irrthum und Unwissenheit, auf welche sich v. Savigny, Puchta, v. Vangerow u. A. stützen, geschöpft werden.

Zu der diesen bedeutenden Autoritäten entgegenstehenden Ansicht drängt außerdem auch die Consequenz. Nirgends wird dem Mangel an Erkenntniß die Macht beigelegt, ein Geschäft, zu welchem ebensowenig ein äußerer als innerer Thatbestand vorhanden war, selbständig in das Daseyn zu rufen. Die Tradition, welcher die solutio hier gleich steht, setzt, um als Erwerbart zu gelten, immer eine justa causa voraus. Bei der solutio indebiti fehlt aber der äußere Thatbestand, welcher nur in einer Schenkung bestehen könnte, die doch nicht existirt und vom Empfänger nicht substituirt werden kann, weil sie dem Tradenten gänzlich fern war; es fehlt überdem auch der innere Thatbestand, nämlich die justa causa. Wegen des letzteren Mangels kann die Vindication keinem Zweifel unterliegen, wenn die Sache sich noch in specie vorfindet; wenn dies aber nicht der Fall ist, so dient analog die ex aequo et bono eingeführte condictio indebiti dazu, für den Verlust des Eigenthums Ersatz zu gewähren. Hieraus erklärt sich auch ganz l. 7. u. 8. D. 22. 6.

Bemerkenswerth ist, daß die hier vertheidigte Ansicht auch von den neueren Gesetzbüchern angenommen worden ist, namentlich vom preuß. Landrecht (was zwar v. Savigny a. a. O. Bd. III. S. 469. verneint, aber Angesichts des Thl. I. Tit. 16. §. 166. 178. 181. nicht geleugnet werden kann), auch vom österreichischen Gesetzbuch §. 1431. und vom Code Napoléon Art. 1235. 1376—1381.

Zu 26) Die bejahende Entscheidung gibt l. 16. §. 14. D. 39. 4. — cf. Zeitschrift für Recht und Gesetzgebung in Kurhessen Heft II. S. 173., Seuffert und Glück Blätter für Rechtsanwendung Bd. V. S. 45.

Zu 27) In der Regel ist hier die Zulässigkeit der Condiction unbezweifelt, und sie geht so weit, daß sie auch wegen des im Zustand des Zweifels Bezahlten stattfindet (qui mente titubante indebitam sol-

verit pecuniam); L. 11. C. 4. 5.*) — Indessen ist die Condiction einer bezahlten Nichtschuld alsdann durch gesetzliche Vorschriften ausgeschlossen,

a) wenn man eine Nichtschuld wissentlich zahlte; l. 1. D. 12. 6. l. 9. C. 6. 50. l. 26. §. 3. D. 12. 6. l. 9. pr. C. 4. 5.

b) Wenn wenigstens eine natürliche Verbindlichkeit zu Grunde lag, um derentwillen die Zahlung geleistet werden konnte; l. 19. D. 12. 6. l. 38. §. 1. D. eod. l. 59. l. 64. D. eod. l. 9. §. 4. 5. l. 10. D. 14. 6.

c) Wenn dem Schuldner zwar eine zerstörliche Einrede zustand, dieselbe aber eben ihm nicht um seinetwillen, sondern in odium oder in poenam des Gläubigers von den Gesetzen gegeben war, wie z. B. beim Scto. Maced., wo der Schuldner nur zur Strafe des Gläubigers von der Verbindlichkeit befreit wird; l. 19. pr. l. 42. D. 12. 6. l. 46. D. 50. 17. l. 40. pr. D. 12. 6. l. 9. §. 4. 5. l. 10. D. 14. 6.

Zu 28) Zum wesentlichen Irrthum gehört

I. der Irrthum über den Inhalt der Willenserklärung überhaupt, z. B. wenn ich eine Urkunde unterschreibe, welche statt der richtigen untergeschoben oder mir falsch vorgelesen worden, oder wenn ich ein Blanquet unterschreibe, welches der Bevollmächtigte gegen den ertheilten Auftrag ausfüllt; l. 5. C. 4. 22. —

---

*) Wenn Seuffert in den Beiträgen zur Gesetzgebung, außer dem österreichischen Gesetzbuch §. 1431., für die Aufnahme der im Eingang erwähnten Mühlenbruch'schen Ansicht in neuere Legislationen auch den Code civil und das preußische Landrecht Thl. I. Tit. 16. §. 178. anführt, so möchte ersterer im Art. 1376. im Zusammenhalt mit Art. 1109., 1131. und 1235. doch nur von dem Fall zu verstehen seyn, wo eine Verbindlichkeit nicht einmal factisch bestanden hat, und überdem enthält der Art. 1906. noch eine bestimmte Ausnahme, indem dort verordnet ist: l'emprunteur qui a payé des intérêts, qui n'étaient pas stipulés, ne peut ni les répéter, ni les imputer sur le capital. Besonders aber statuirt das preuß. Landr. a. a. O. §. 176. eine höchst wichtige Einschränkung des Mühlenbruch'schen Satzes; es heißt hier nämlich: „bei Zahlungen aus einem blos wegen Mangels der gesetzmäßigen Form unverbindlichen Geschäft findet die Rückforderung aus einer vorgeschützten Unwissenheit dieser gesetzlichen Vorschrift niemals statt." — und auch übrigens knüpft der §. 178. die Repetition an die strengen Erfordernisse, daß nicht einmal eine moralische Verbindlichkeit für den Zahlenden vorhanden gewesen, der Empfänger einen Vortheil dadurch erlangt habe, zu dem er gar kein Recht hatte, und daß die Zahlung aus einem wirklichen Irrthum geschehen sey. Der Cod. Bavar. Civil. P. IV. Cap. XIII. §. 5. schließt die Condiction aus, wenn wenigstens eine obligatio naturalis vorhanden war.

II. Der Irrthum in Beziehung auf einzelne Theile des Willens, — v. Savigny System Bd. III. S. 267. ff. — und zwar

1) über die Natur des Rechtsverhältnisses; z. B. wenn ich eine Sache nur leihen will, der Andere aber es für eine Schenkung annimmt und umgekehrt; l. 3. §. 1. D. 44. 7. — l. 9. pr. D. 18. 1.
2) Ueber die Person desjenigen, welcher in das Rechtsverhältniß gegen mich gestellt wird; l. 9. pr. D. 28. 5., Thibaut Versuche Thl. II. S. 111. — Mühlenbruch Doctr. Pand. §. 338.
3) Ueber die Sache oder den Gegenstand des Rechtsverhältnisses, und zwar
   a) bei einer individuell bestimmten Sache, durch Verwechslung mit einer andern, error in corpore;
   b) bei einer nur nach Gattung und Quantität bestimmten Sache, z. B. in Ansehung des genus, wenn bei einem generischen Kaufvertrag der Verkäufer an Roggen, der Käufer an Weizen denkt, oder in quantitate, wenn der Promittent mehr oder weniger denkt, als der Promissar, und umgekehrt.

Unwesentlich ist der Irrthum, wenn er

a) in den Beweggründen liegt, auch wenn diese ausgedrückt wurden (falsa causa); *)

---

*) Dieser Grundsatz gilt unbezweifelt in Vertragsverhältnissen. Etwas ausgedehnter ist die Einwirkung des Irrthums bei den auf das Erbrecht bezüglichen juristischen Handlungen. Z. B.

a) das Testament ist nichtig, wenn der Testator über seinen persönlichen Rechtszustand im Irrthum oder auch nur im Zweifel war.
b) Desgleichen, wenn die darin enthaltene Erbeinsetzung durch die irrige Annahme bewirkt wurde, daß ein Intestaterbe oder ein früher eingesetzter Erbe verstorben sey, oder auch wenn sich die Erbeinsetzung auf die irrige Annahme einer Verwandtschaft zwischen dem Erblasser und dem eingesetzten Erben gründet.
c) Die Enterbung eines ächten Sohnes, den der Testator irrig für unächt hielt, ist ungiltig.
d) Dem Legatar steht die doli exc. entgegen, wenn sich ergibt, daß ohne einen Irrthum des Erblassers über den von ihm ausgedrückten Beweggrund zur Zuwendung desselben das Legat nicht gegeben worden wäre.
e) Ungiltig ist das Legat einer fremden Sache, wenn der Testator sie für die seinige hielt.
f) Der Irrthum des berufenen Erben über die Art der Delation macht sowohl die Antretung als die Ausschlagung der Erbschaft ungiltig.
g) Die Erbschaftsgläubiger können gegen die von ihnen bewirkte, hinterher sich nachtheilig erweisende Separation der Erbschaft wegen Irrthums Restitution erlangen; s. Römer die Beweislast des Irrthums S. 6. ꝛc.

b) Irrthum in Demonstrationen, dergleichen in Namen oder Zahlen, wenn gleichwohl die Person oder Sache richtig gedacht war; Beispiele enthält

α) bei Erbeinsetzungen und Legaten, in Ansehung der Personen, §. 29. J. 2. 20. — l. 16. §. 1. D. de leg. 1. (30.) — l. 4. C. 6. 23. — in Ansehung der Sachen, l. 4. pr. D. de leg. 1. (30.) — l. 28. D. 34. 5. — l. 7. §. 1. C. 6. 37. —

β) Bei Contracten, l. 32. D. 45. 1. l. 9. §. 1. D. 18. 1. — l. 34. pr. D. 41. 2.

c) In den Eigenschaften der Sache, falls dergleichen nicht ausdrücklich vom Verkäufer zugesagt waren; l. 14. D. 18. 1. — l. 21. §. 2. D. 19. 1. Außerdem kann ein Irrthum in der Qualität der Sache doch zum wesenteichen und nicht blos zum unwesentlichen Irrthum gerechnet werden, wenn durch die irrig vorausgesetzte Eigenschaft nach den im wirklichen Verkehr herrschenden Begriffen die Sache zu einer andern Art von Sachen gerechnet werden müßte, als wozu sie wirklich gehört*); denn alsdann ist der Fall einem error in corpore (no. 3. a. u. b.) gleich zu achten; z. B. wenn ich Geräthe von Bronce für goldene, oder metallene für silberne, oder Essig für Wein, oder eine Sklavin in der Meinung, es sei ein Sklave, kaufe; l. 14. D. 18. 1. — l. 9. §. 2. l. 10. l. 11. §. 1. l. 14. l. 41. §. 1. D. eod.**) —

Von dem Einflusse des Irrthums über den Gegenstand und die Person, sowie über die physischen Eigenschaften derselben bei Verträgen, s. Fuhr und Hoffmann civilistische Versuche I. S. 93., Thibaut Versuche Thl. II. S. 110.

---

*) Z. B. wenn bei dem Abschlusse eines Handlohnsfixirungsvertrags auch solche Objecte mit in Anschlag gebracht wurden, welche die Besitzer irrthümlich für Pertinenzen eines handlohnspflichtigen Gutes hielten; s. Seuffert und Glück Bl. f. R.-A. 1855. S. 11.

**) Die specielle Erörterung des Einflusses des Irrthums auf die Rechtsgeschäfte muß dem besondern Theil, und zwar der Lehre von Verträgen und von Testamenten vorbehalten werden.

§. 38.

c) Bestandtheile und Erfordernisse der Rechtsgeschäfte.

1) Worin liegt der Unterschied zwischen Thatsache und Handlung, und inwiefern gestalten sie sich zu juristischen Thatsachen und Rechtsgeschäften?

2) Wie pflegt man die Rechtsgeschäfte insgemein zu klassificiren?

3) Werden Rechtsgeschäfte immer schon durch die freie Willenshandlung allein vollgiltig, oder wie ist die Privatwillkür beschränkt?

Inwiefern man zunächst zwischen erlaubten und unerlaubten Handlungen unterscheidet, so fragt sich

4) was auf dem privatrechtlichen Gebiet die allgemeine Folge unerlaubter Handlungen ist? —

5) Welche Fälle finden sich in den Gesetzen, wo eine Handlung, welche äußerlich nicht wahrgenommen werden konnte, durch rechtliche Fiction [bezieh. praesumtio juris et de jure] als existirend angenommen wird?

6) Inwiefern wird zwischen forma interna und externa negotii unterschieden?

7) Wird durch Unterlassung der äußern oder innern Formalitäten das Geschäft nichtig und zwar allemal ohne Unterschied? Ist es nöthig, daß die Nichtigkeit als Folge ausdrücklich im Gesetz angedroht sey?

8) Macht die obrigkeitliche Bestätigung ein Rechtsgeschäft allemal giltig, wenn es auch an sich ungiltig wäre?

9) Hat die Confirmation der Staatsgewalt auch die Eigenschaft der Ratihabition?

10) Wirkt sie auch gegen Dritte?

11) Was bedeutet die Regel: utile per inutile non vitiatur?

12) Wird bei einem gemeinschaftlichen Geschäft Mehrerer durch den bei einem Individuum sich ergebenden Mangel der subjectiven Erfordernisse die Ungiltigkeit des ganzen Geschäfts überhaupt oder nur bezüglich dieses Individuums bewirkt?

13) Wenn die Ungiltigkeit nur in der Quantität des Geschäfts liegt, zerfällt es in totum oder nur in tantum, quantum excedit?

14) Was versteht man unter essentialia negotii?
15) Kann daran durch Vertrag etwas abgeändert werden?
16) Was versteht man unter naturalia negotii?
17) Wird deren Vorhandenseyn vermuthet?
18) Was sind accidentalia negotii und wem liegt deren Beweis ob?
19) Was ist wesentliches Erforderniß aller Rechtsgeschäfte
   a) in Ansehung der Person, insbesondere der Dispositionsfreiheit?
   b) in Ansehung des Objects? Von welcher Beschaffenheit kann die Sache, von welcher die Handlung seyn, um zum Gegenstand des Rechtsgeschäfts gemacht zu werden?
   c) Wie muß die Willenserklärung und Willensbestimmung beschaffen seyn?

Zu 1) Thatsache heißt jedes Ereigniß in der Sinnenwelt ohne Rücksicht auf seine Ursache; Handlung hingegen heißt jede durch menschlichen Willen im Zustande der Vernunft erzeugte Begebenheit, diese mag nun ihren Grund in Thätigkeit oder Unthätigkeit haben. (factum commissivum vel ommissivum). Juristische Thatsachen sind solche, durch welche ein Rechtsverhältniß entweder begründet oder verändert oder aufgehoben wird. Jedes Rechtsgeschäft bezweckt entweder Begründung oder Veränderung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses. Es kann nur auf einem Willen beruhen, welcher äußerlich zu erkennen gegeben ist. Ergibt er sich aus der Handlung selbst, so kann ein Widerspruch zwischen ihr und dem Willen (reservatio mentalis) nicht angenommen werden. Animus in mente retentus nil operatur.

Zu 2) Sie sind entweder unilateralia oder bilateralia, actus inter vivos oder mortis causa, onerosa oder gratuita, negotia (et actiones) bonae fidei oder stricti juris. – Die Rechtsgeschäfte können nämlich entweder durch einen Einzelwillen, und so, daß nur Ein Theil verpflichtet wird, oder durch Uebereinstimmung mehrerer gegenseitiger Willen, und so, daß für jeden Theil Verbindlichkeiten entstehen, errichtet werden*);

*) [In obiger Aufstellung ist zweierlei vermischt. Einseitigkeit u. Zweiseitigkeit sagt man von Rechtsgeschäften u. von Obligationen, zweiseitige Rechtsgeschäfte (Verträge) sind die durch Zusammenwirkung zweier Willen entstehenden; zweiseitige Obligationen sind die beide Theile berechtigenden oder m. a. W. die jeden Theil sowohl berechtigenden als verpflichtenden Obligationen.]

ferner so, daß ihre Wirksamkeit schon vor oder erst nach dem Tod eintreten soll, [besser so: schon vor oder erst mit dem Tode sich entscheidet] oder so, daß durch sie etwas mit oder ohne Gegenleistung erworben werden soll; sie unterscheiden sich endlich im R. R. auch dadurch, daß sie entweder dem strengen förmlichen Recht oder freieren Rechtsansichten und den Grundsätzen der Billigkeit unterworfen sind (stricti juris, vel bonae fidei.)

Zu 3) Nur dann, wenn die Gesetze nicht eine bestimmte Form vorschreiben, können die Geschäfte durch die bloße Willenshandlung zu Stande gebracht werden, und diese ist durch die Gesetze nur insofern beschränkt, als dieselben nicht blos dispositiver, sondern präceptiver oder prohibitiver Art sind. Die freien Willenshandlungen bleiben übrigens auch dann giltig, wenn die Gesetze zwar keine Klage daraus gestatten, aber doch die daraus entspringende natürliche Verbindlichkeit nicht ganz aufheben, oder wenn ein verbietendes Gesetz ausdrücklich eine andere Folge, als die Nichtigkeit der Handlung mit der Uebertretung verbunden hat.

Zu 4) Nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest, l. 134. §. 1. D. 50. 17. Das Uebrige wird in der Lehre vom Schadenersatz Platz finden.

Zu 5) Im Interesse des Gesetzes wird zuweilen etwas als existirend angenommen, was nicht unmittelbar erkennbar oder auch vom Handelnden in eine andere Gestalt verschleiert worden ist; l. 12. D. 28. 1. — l. 28. D. 28. 6., z. B. wird die Unterlassung des Inventars von Seite des Vormunds immer als dolus angenommen, l. 7. D. 26. 7. Der Ehebruch wird als geschehen angenommen, si solus cum sola, nudus cum nuda in eodem lecto inveniuntur. c. 12. X. de praesumt. Wenn ein Soldat, der noch unter väterlicher Gewalt steht, auch zu andern als militärischen Zwecken eine Schuld contrahirt, so wird doch causa castrensis angenommen, l. 7. §. 1. C. 4. 28. — Wenn ein Vater mit seinem unmündigen Kinde ertrinkt und nicht bewiesen werden kann, wer zuerst ertrunken sey, so wird angenommen, daß Letzteres zuerst den Tod gefunden habe.

Zu 6) Manche unterscheiden zwischen innerer und äußerer Form und rechnen zur ersteren diejenigen Vorschriften, welche sich auf den Inhalt und Gegenstand des Geschäfts beziehen, und zu letzterer die bei Eingehung desselben zu beobachtenden Feierlichkeiten, z. B. schriftliche Aufsätze, Gegenwart von Zeugen und Concurrenz der Obrigkeit.

Zu 7) Wo dergleichen vorgeschrieben sind, da müssen sie bei Vermeidung der Nichtigkeit beobachtet werden; l. 5. C. 1. 14. — c. 64.

de R. J. in VIto. — und es bedarf dazu keiner besondern Androhung im Gesetz; nur dann, wenn dieses ausdrücklich eine andere Folge mit der Nichtbeobachtung seiner Vorschrift verbindet, neben welcher noch das Bestehen des Geschäfts gedacht werden kann (was man auch lex minus perfecta nennt), tritt Nichtigkeit nicht ein (s. oben ad 3). In diesem Sinne wird es zu nehmen seyn, wenn Mehrere, z. B. Voet Comm. ad Pand. L. I. tit. 3. §. 16., Hofacker Princ. jur. civ. I. §. 210., Wernher Comm. ad Pand. L. I. tit. 3. §. 10. statuiren: daß, falls die Gesetze etwas bei Strafe verbieten, ohne zugleich selbst die Handlung für nichtig zu erklären, zwar die Strafe verwirkt sey, das Geschäft aber doch seinen ungehinderten Fortgang behalte. Ein Beispiel s. in Kritz Sammlung von Rechtsfällen I. S. 168. Außerdem aber muß, wenn ein verbietendes Gesetz eine Strafe auf ein Geschäft setzt, die Nichtigkeit desselben, auch wenn sie im Gesetz nicht ausgedrückt wäre, eo ipso angenommen werden: v. Savigny System ꝛc. Bd. IV. S. 552., Thibaut System I. §. 82. Glück Comment. Thl. I. §. 14. S. 101.

Zu 8) Nur da, wo sie zur Giltigkeit des Geschäfts durchaus erfordert wird; Beispiele s. §. 1. J. 1. 11. — l. 22. C. 5. 37. — l. 13. C. 5. 71. nicht aber, wo sie nur zu mehrerer Sicherheit nachgesucht wird; c. 1. 4. X. 2. 30. — und auch im ersten Fall vermag die obrigkeitliche Bestätigung nicht absolut das Geschäft giltig zu machen, sondern sie hebt nur die formellen Mängel, aber es darf demungeachtet nichts am Materiellen fehlen; l. 19. C. 6. 23. — Glück Thl. XXXIV. S. 177.

Zu 9) Da wo die Confirmation nöthig ist, wirkt sie auch rückwärts; l. 1. §. 2. D. 27. 9. — c. 1. 3. 4. X. de confirm. (2. 30.) civilist. Archiv Bd. IV. Nr. 17.

Zu 10) Nein; denn jede Confirmation versteht sich salvo jure tertii.

Zu 11) Daß ein solches Geschäft, wobei die gesetzliche Form nicht beobachtet wurde, nicht immer durchaus zusammenfällt, sondern nur in Ansehung der dem Gesetze widerstreitenden, nicht aber in Ansehung anderer demselben entsprechender Handlungen, wenn diese für sich bestehen können; l. 34. pr. l. 36. §. ult. C. 8. 54. — l. 2. 5. 7. 8. C. 3. 29. — was z. B. nicht der Fall ist, wenn erstere essentialia und letztere die von den wesentlichen Stücken abhängenden Nebentheile des Geschäfts ausmachen. — Mehreres hierüber s. Roßhirt Zeitschrift für Civil- und Criminalrecht Bd. III. S. 159.

Zu 12) Die Ungiltigkeit wird nur unbeschadet der Antheile der

übrigen Individuen angenommen; l. 5. §. 1. D. 24. 1. — l. 110. pr. D. de V. O. 45. 1. —

Zu 13) Nur in Ansehung des Mehrbetrags: l. 29. D. 22. 1. — l. 11. §. 1. l. 12. D. 13. 5. — l. 36. §. 3. C. 8. 54. —

Zu 14) Diejenigen Stücke, ohne welche das Geschäft gar nicht besteht, oder ein anderes wird; wodurch sich ein Geschäft der einen Art von einem Geschäft anderer Art unterscheidet. Die essentialia brauchen blos dargelegt zu werden, und werden als frei von Mängeln in Inhalt und Form so lange vermuthet, bis das Gegentheil bewiesen wird; §. 8. J. 3. 20. — l. 25. D. 28. 1. — l. 30. D. de V. O. 45. 1. —

Zu 15) Man muß diese Frage verneinen. Geschieht es doch, so sind die Folgen gleichwohl verschieden, das Rechtsgeschäft gilt dann meistens gar nicht, oder wenigstens nicht als das, was es seyn sollte; l. 4. l. 5. §. 2. l. 12. §. 1. D. 23. 4. — l. 1. §. 45. 46. D. 16. 3. — l. 36. l. 38. D. 18. 1. — l. 6. D 41. 6. — Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. Thl. I. §. 160.

Zu 16) Dasjenige, was, wenn das Geschäft im Wesentlichen zu Stande gekommen ist, schon von Rechtswegen sich als eine natürliche Folge desselben versteht, s. Mackeldey a. a. O. oder was regelmäßig und ohne besondere Festsetzung im Geschäft begriffen, s. Puchta Pandekten §. 58. — l. 3. D. 12. 1. — l. 1. §. 1. D. 19. 1. daher im Zweifel als nicht abgeändert angesehen wird; s. Heimbach im Rechtslexikon Bd. IX. S. 211.

Zu 17) Allerdings, und sie bedürfen daher keiner Verabredung; wer also deren Aufhebung oder Abänderung behauptet, muß sie beweisen; l. 11. §. 1. 2. D. 19. 1. — l. 5. §. 4. D. 19. 5. — l. 24. D. 16. 3. — l. 3. D. 12. 1. —

Zu 18) Alles, was nicht nach seiner Natur schon von selbst bei einem rechtlichen Geschäft sich versteht, mithin immer besonders festgesetzt seyn muß, woraus von selbst folgt, daß solche zufällige Nebenbestimmungen, worunter auch Abänderung der naturalia negotii gehört, von dem, der sich darauf beruft, bewiesen werden müssen.

Zu 19 a) Die Person muß Vernunft und Willensfreiheit und Selbständigkeit besitzen; pr. J. 1. 21. — l. 6. D. 45. 1. — l. 3. C. 2. 22. — insbesondere darf das Geschäft nicht gegen ein gesetzliches Verbot anstoßen, und den Rechten Dritter keinen Eintrag thun; l. 5. C. 1. 14. — c. 28. X. 2. 24. — c. 2. de pact. in VIto. 1. 18.

Ueber die, unter den Interessenten selbst diesfalls möglicher Weise entstehenden Rechte und Verbindlichkeiten, s. §. 3. 21. J. 3. 19. — l. 65. in f. D. 46. 1. — Tit. Cod. 4. 51. — §. 4. 5. J. 2. 20. — l. 28. D. 18. 1. — l. 6. C. 8. 16. —

b) Die Sache muß entweder existiren oder künftig zur Existenz kommen; l. 8. pr. §. 1. D. 18. 1. — auch darf sie nicht extra commercium oder auch ohne allen Nutzen für den Promissar seyn; pr. §. 1. u. 2. J. 3. 20. — l. 83. §. 5. D. 45. 1. — l. 61. D. 2. 14., Glück Thl. IV. §. 394. — Ein Vertrag über fremde Sachen ist gleichfalls giltig, nicht blos, wenn er für den Fall künftiger Erwerbung oder mit Einwilligung des Dritten geschlossen wurde, sondern auch außerdem hat er überhaupt für die Contrahenten, — obgleich natürlicherweise ohne Beeinträchtigung der Rechte Dritter, welche gegen jeden Besitzer vindiciren, l. 25. §. 1. D. 24. 3. — l. 28. D. 18. 1. — l. 5. l. 6. C. 4. 51. — Wirksamkeit, mit Ausnahme gestohlener Sachen, wenn diese Eigenschaft dem Erwerber bekannt war, l. 15. l. 16. D. 13. 6. — l. 28. l. 34. §. 3. D. 18. 1.

Die zum Gegenstand eines Vertrags gemachte Handlung muß physisch und moralisch möglich seyn; l. 31. l. 185. D. 50. 17. — l. 26. l. 35. pr. §. 1. l. 141. §. 4. D. 45. 1. — l. 17. §. 3. D. de legat. I. (30.) l. 7. §. 3. D. 2. 14. — l. 6. C. 2. 3. — Fremde Handlungen können Gegenstand der Verträge nicht nur dann werden, wenn der Dritte in der Gewalt des Promittenten steht, sondern auch in so weit, daß dieser das Interesse präftiren muß, wenn er den Dritten zu einer erlaubten Handlung zu bewegen sich anheischig gemacht hat, und alle seine Mühe gleichwohl fruchtlos geblieben ist, l. 14. §. 2. D. 13. 5. — l. 81. pr. D. 45. 1. — Jedenfalls ist eine der promissio facti alieni angehängte Conventionalstrafe wirksam, §. 21. J. 3. 19. — l. 38. §. 2. D. 45. 1. —

c) Der Gegenstand darf nicht zu allgemein und unbestimmt seyn, um einen sichern Maßstab der Rechte und Verbindlichkeiten, welche durch das Geschäft begründet werden sollen, darzubieten, auch nicht von der Willkür des Promittenten abhängig gemacht seyn; l. 94. l. 108. §. 1. l. 115. pr. D. 45. 1. — l. 1. C. 5. 11. — l. 24. pr. D. 19. 2. — Glück Thl. IV. §. 303.

§. 39.

d) Nebenbestimmungen.

aa) Conditio, Bedingung.

α) Uneigentliche Bedingungen. — Verbotene Bedingungen; Eigenthümlichkeiten gewisser Bedingungen.

1) Was versteht man im gemeinen Leben unter Bedingung und was im juristischen Sinne?

2) Was für sogenannte Bedingungen fallen nach dem eben angegebenen Begriffe weg?

3) Was ist die Folge, wenn eine Bedingung, welche von demjenigen, der sie einem Rechtsgeschäft beifügte, als etwas Künftiges — somit als eine wahre Bedingung gedacht und ausgedrückt war, wirklich schon ohne oder mit Wissen des Urhebers des Rechtsgeschäfts eingetreten oder vereitelt war?

4) Nachdem wir wahrgenommen haben, daß die stillschweigenden Bedingungen nicht Condition im wahren Sinne sind wie es z. B. in l. 99. D. 35. 1. — l. 5. C. 6. 53. heißt: conditiones, quae tacite inesse videntur, non faciunt legata conditionalia, so fragt es sich, ob es nicht doch Fälle gebe, wo die ausdrückliche Beifügung einer solchen Bedingung eine eigenthümliche Wirkung hervorbringt; z. B. wenn ich dem A. 100 Fl. legire, mit dem Beisatze: si velit, so scheine ich damit etwas ganz Ueberflüssiges gesagt zu haben; s. l. 19. §. 2. D. 39. 5. und eben so überflüssig die Bedingung: „wenn der eingesetzte Erbe die Erbschaft antritt, so soll mein Sohn enterbt seyn;" denn im entgegengesetzten Fall wäre ja das Testament als destitut wirkungslos. Welches ist nun aber der rechtliche Erfolg in beiden Fällen?

5) Nach dem Princip, daß eine nothwendige Bedingung keine wahre Bedingung sey, ist nun die weitere Frage zu beantworten, was dann eintritt, wenn eine solche conditio, quae omnimodo exstitura est, einem Rechtsgeschäft gleichwohl beigesetzt ist?

6) Auch von den unmöglichen Bedingungen ist gesagt, daß sie keine eigentlichen Bedingungen seyen, es ist demnach zu er-

läutern, welche Arten von unmöglichen Bedingungen man anzunehmen pflegt, und welches die Folgen derselben sind?

7) Aus welchem Grunde sind die Wirkungen verschieden?
8) Wie sind die Folgen bei der unsittlichen (s. g. moralisch unmöglichen) Bedingung modificirt?
9) Ist in Ansehung der beschriebenen Folgen einer unmöglichen Bedingung ein Unterschied zwischen immerwährender oder vorübergehender Unmöglichkeit, und nach welchem Zeitpunkt ist dann die Unmöglichkeit zu bemessen?
10) Wie ist es in Ansehung dessen zu halten, was zwar zur Zeit des errichteten Geschäfts nicht möglich war, aber doch damals schon als möglich werdend betrachtet werden konnte?
11) Ist in Ansehung der oben beschriebenen Folgen einer unmöglichen Bedingung ein Unterschied zwischen absolut unmöglichen oder relativ und zufällig unmöglichen Bedingungen zu machen?
12) Was ist die rechtliche Folge, wenn die gesetzte Bedingung theilweise möglich, theilweise aber unmöglich ist?
13) Was ist die Folge, wenn der Testirer eine an sich zwar mögliche, aber vor oder zur Zeit der Testamentserrichtung vereitelte Bedingung gesetzt hat? oder wenn er sie hinterher selbst unmöglich gemacht oder deren Erfüllung verboten hat?
14) Inwiefern ist die conditio jurisjurandi, oder die Bedingung, sich zu einer künftigen Handlung eidlich zu verpflichten, verboten?
15) Was ist die Folge solcher Bedingungen, durch welche Erbeinsetzung und Legat zu captatorischen Dispositionen werden?
16) Was für eine Folge haben conditiones ex errore conceptae, ineptae, contradictoriae, perplexae?
17) Was für eine Folge haben derisorische Bedingungen im Testament? desgleichen in fraudem legis conceptae?
18) Welche Bedingungen gelten zufolge specieller Verbote nicht?
19) Welche Rechtsgeschäfte können nicht an eine Bedingung geknüpft werden?
20) Welche Eigenthümlichkeiten sind bei der conditio si sui juris sit, si dederit, si liberos habuerit, si sine liberis decesserit, si cum filio erit, si chirographum reddiderit, si rationes reddiderit und der auf den Willen eines Dritten gestellten Bedingung zu bemerken?

Zu 1) Jede in der Zukunft liegende Thatsache, von deren Daseyn oder Nichtdaseyn ein gewisser Erfolg abhängt, pflegt man Bedingung zu nennen. Gewöhnlich wird sie daher mit einem „wenn" (si), dagegen der modus durch ut — ita ut, ne — und der dies mit cum bezeichnet. Im juristischen Sinne ist demnach diejenige Nebenbestimmung eines Rechtsgeschäfts, wodurch das Daseyn eines Rechtsverhältnisses [oder überhaupt die beabsichtigte, in Aussicht genommene Rechtswirkung] von einem künftigen ungewissen Ereigniß auf willkürliche Weise abhängig gemacht wird, — Bedingung. [Eine von den bisherigen Auffassungen abweichende Begriffsbestimmung s. Fitting im Arch. f. civilist. Prax. Bd. 39. S. 332. 338. ff.]

Zu 2) Es fällt, wenn man dem Grundsatz der l. 69. D. 28. 5. treu bleibt, die Nebenbestimmung müsse, um als Bedingung zu gelten, non solum figuram sed vim quoque conditionis continere, hinweg:

a) die nothwendige und die unmögliche Bedingung; denn bei beiden ist keine Ungewißheit, indem man bei der ersteren über die Existenz und bei der zweiten über die Nichtexistenz gewiß ist; l. 9. §. 1. D. 46. 2. — l. 7. l. 8. D. 45. 1. — l. 17. l. 18. D. 12. 6. — l. 50. §. 1. D. 28. 5.

b) Die conditio tacita, weil hier der Charakter willkürlicher Hinzufügung fehlt; denn quae negotio tacite insunt, können ohnedies nicht fehlen. Solche Bedingungen, z. B. wenn ich einen heres extraneus unter der Bedingung, si velit, einsetze, oder verordne, A soll mein Erbe seyn, wenn er mich überlebt, sind überflüssige Wiederholungen dessen, was ohnedies gilt, daher es von ihnen heißt: frustra adduntur; l. 12. D. 28. 7. — l. 68. D. 23. 3. — l. 22. l. 25. §. 1. D. 36. 2. — l. 1. §. 3. l. 47. l. 99. D. 35. 1.

c) Die conditio in praesens oder in praeteritum collata, — wenn nämlich schon nach dem gebrauchten Ausdruck das bedingende Ereigniß nicht in die Zukunft, sondern in die Vergangenheit oder Gegenwart gesetzt ist. Z. B. „wenn Titius im vorigen Jahr Consul war" oder „wenn Titius gegenwärtig Consul ist." Eine solche Bestimmung wirkt zwar nach Art einer Bedingung, indem die Erwerbung von dem Daseyn des vorausgesetzten Falles abhängt, und ihr Nichtseyn auch dieselbe Folge hat, wie wenn conditio deficit, l. 16. D. 28. 3., v. Savigny System Bd. III. S. 126. u. 164. — weil aber keine eigentliche Bedingung da angenommen werden kann, wo keine objective Ungewißheit ist — denn subjective

Unwissenheit darf nicht mit Ungewißheit verwechselt werden, — so gilt ein solches Geschäft, ungeachtet es in der Form für ein bedingtes anzusehen wäre, doch wesentlich als ein unbedingtes, sowohl in Testamenten nach l. 16. D. 28. 3. — l. 3. §. 13. D. 38. 2. — l. 10. §. 1. D. 28. 7. — als in Verträgen nach §. 6. J. 3. 15. l. 37—39. D. 12. 1. — l. 100. l. 120. D. 45. 1. — daher auch die wichtige Folge entsteht, daß der Rechtsbestand des Geschäfts auch da, wo die Gesetze die Beifügung einer Bedingung verbieten, nicht durch einen solchen Beisatz gefährdet wird; s. v. Savigny System Bd. III. §. 116. S. 126.

Zu 3) Da hier eine eigentliche Bedingung beabsichtigt wird, so macht sie solche Geschäfte, welche an keine Bedingung gebunden werden dürfen, ungiltig; bei solchen Geschäften aber, welche Bedingungen gesetzlich zulassen, ist die Folge:

a) wenn sie mit Wissen dessen, welcher die Bedingung beifügte, schon eingetreten war, so wird sie wie eine nothwendige behandelt, d. i. das Geschäft gilt nun unbedingt; s. v. Savigny a. a. O. S. 161. not. b.

b) War sie ohne sein Wissen eingetreten, so wird sie als eine erfüllte Bedingung behandelt; l. 10. §. 1. l. 11. pr. D. 35. 1. War sie

c) schon vereitelt und ist das Geschäft eine testamentarische Verfügung, so gilt sie der unmöglichen gleich, auch wenn der Testirer es nicht wußte, daß sie vereitelt sey; l. 6. §. 1. D. 35. 1. — l. 16. D. 28. 3., v. Savigny System Bd. III. S. 126. 161. u. 163.

Zu 4) Der Erfolg ist gleichwohl im ersten Fall anders, als wenn die Bedingung nicht beigefügt worden wäre, denn alsdann wäre dem Legatar das Legat ohne weiteres mit dem Tode des Erblassers erworben gewesen, und er hätte es also, auch wenn er vor der förmlichen Annahme gestorben wäre, auf seine Erben transmittirt; l. 65. §. 1. D. de leg. 1. (30.); nun ist es aber anders; er kann nämlich das Legat nur durch seine Willenserklärung erwerben, und stirbt er zuvor, so geht es auf seine Erben nicht über. Es bewährt sich hier der Satz: Expressa nocent, non expressa non nocent. Der Grund davon liegt darin, daß die ausgedrückte Bedingung mehr in sich faßt, als die stillschweigende mit sich gebracht haben würde. Letztere hätte nämlich nur den völligen Uebergang, nicht aber, wie die ausdrückliche Bedingung: si velit, selbst die Möglichkeit des An-

falls von seinem Willensausdruck abhängig gemacht; die conditio tacita hätte aber auch insofern weniger als die expressa in sich enthalten, als die Erwerbung eines Legats gar nicht einmal das Wissen des Legatars nöthig macht; jam a principio legatum acquiritur legatario etiam ignoranti, die ausgedrückte Bedingung aber Wissen und Wollen erforderlich macht; Donell. Comm. Lib. VIII. Cap. 32. §. 4. — Im zweiten Fall ist wohl zu bemerken, daß, obgleich die Gesetze im Allgemeinen durch die stillschweigende Bedingung (quae tacite inest) die Natur eines puren Geschäfts nicht für alterirt ansehen, s. l. 99. l. 107. D. 35. 1. — l. 21. §. 1. l. 22. §. 1. l. 25. §. 1. D. 36. 2., sie doch in Geschäften, welchen keine Bedingung beigefügt werden darf, auch nicht gestatten, daß man eine conditio tacita zur expressa mache, daher deren Hinzufügung das Geschäft ungiltig macht, l. 68. D. 28. 5. — l. 77. D. 50. 17. — Daher ist in dem vorliegenden Fall die Enterbung ungiltig, weil nach den Gesetzen eine Enterbung nicht bedingt seyn darf, l. 3. §. 1. D. 28. 2.

Zu 5) Die Folge kann keine andere seyn als die, welche bei einer wahren Bedingung der wirkliche Eintritt mit sich bringt. Die Gesetze behandeln ein solches Geschäft als ein unbedingtes, sowohl bei Verträgen, l. 9. §. 1. D. 46. 2. — l. 7. l. 8. D. 45. 1. — l. 17. l. 18. D. 12. 6. — als bei Testamenten, l. 50. §. 1. D. 28. 5. — daher consequent deren Beifügung auch da unschädlich ist, wo die Gesetze nicht gestatten, ein Geschäft an Bedingungen zu knüpfen; v. Savigny a. a. O. Bd. III. S. 160. Eine Abweichung von obigem Satz findet sich aber bei der Regel, welcher die Erwerbung eines Legats unterliegt. Hier muß der Legatar das wirkliche Eintreten des an sich nothwendigen Falles (qui omnimodo exiturus sit) erlebt haben, um das Legat auf seine Erben transmittiren zu können. — Z. B. das Legat: „wenn mein Erbe stirbt, soll er dem N so und so viel geben", enthält eine nothwendige Bedingung, weil der Erbe nach den Naturgesetzen sterben muß; man sollte also glauben, dieses Legat müsse wie ein unbedingtes Legat dem Legatar schon mit dem Tod des Testirers und nicht erst mit dem Tod seines Erben erworben, folglich dessen unerwartet transmissibel seyn; allein l. 13. D. 36. 2. bestimmt, daß dieses Legat nicht auf des Legatars Erben transmittirt werde, wenn der Legatar den Todesfall des Erben nicht erlebt hat.

Zu 6) Man kann eigentlich nur zwei Arten unmöglicher Bedingungen annehmen, je nachdem entweder Naturgesetze oder Staatsgesetze das Bestehen einer Handlung unmöglich machen. Außer diesen physisch und rechtlich unmöglichen Bedingungen kommen die zwar

eigentlich nicht unmöglichen Bedingungen, welche man moralisch unmögliche zu nennen pflegte, in gleiche Betrachtung, s. Pauli S. R. Lib. I. Tit. I. §. 2. neque contra leges neque contra *mores* pacisci possumus. — l. 15. D. 28. 7. Quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et (ut generaliter dixerim) contra bonos mores fiunt: *nec facere nos posse credendum est.*

Die Folgen der unmöglichen Bedingungen äußern sich im Allgemeinen gleich, sowohl bei der physisch und juristisch unmöglichen, als bei der unmoralischen Bedingung, s. Sell Versuche Thl. II. S. 23. 25. u. 27., v. Savigny a. a. O. Bd. III. S. 157. not. b. S. 171.; s. l. 15. D. 28. 7. — l. 137. §. 6. D. 45. 1.; aber verschieden sind die Folgen der Bedingungen von derselben Art, je nachdem sie bei einem Geschäft unter Lebenden oder Todes halber vorkommen. Man sollte glauben, überall wäre durch Beifügung einer unmöglichen Bedingung in effectu nichts gethan. So ist es aber nur bei Verträgen; diese werden durch Beifügung einer unmöglichen oder unrechtlichen oder unsittlichen Bedingung ganz unwirksam; l. 31. D. 44. 7. — l. 7. l. 137. §. 6. D. 45. 1. — l. 1. §. 11. D. 44. 7. — l. 9. §. 6. D. 12. 1. — l. 29. D. 46. 1. — §. 11. J. 3. 19. — bei negotiis mortis causa hingegen fällt blos die Bedingung weg, d. i. das Geschäft gilt als unbedingt; l. 31. D. 44. 7. — §. 10. J. 2. 14. — l. 3. l. 6. l. 20. pr. D. 28. 7. — l. 16. D. 28. 3. — l. 101. §. 1. D. de leg. 1. (30.) l. 5. §. 4. D. 36. 2. —

Zu 7) Der Grund dieser Wirkung ist gleichwohl nicht sehr verschieden. Ueberall ist man verhindert, eine ernstliche Absicht und einen vernünftigen Willen anzunehmen, wenn der Gegenstand desselben nicht in dessen Gebiete liegt: nihil agi existimant apposita ea conditione, quam sciunt esse impossibilem, l. 31. D. 44. 7.; daß nun aber bei letztwilligen Dispositionen nicht die Verordnung selbst, sondern nur die unerreichbare Bedingung in sich zerfällt, scheint hauptsächlich in der Begünstigung des letzten Willens eines Verstorbenen, der seinen Willen nicht weiter erklären kann, zu liegen; man läßt dem Verstorbenen, um ihn nicht als willenlos zu behandeln, was er doch gewiß nicht seyn wollte, wenigstens so viel Willen gelten, als dem Willen wirklich zu Gebote steht [d. h. wohl: soviel, als im Bereiche der Willenserklärung liegt]. Cum in testamento ambigue aut etiam perperam scriptum est: benigne interpretari et secundum id, quod credibile est, cogitatum, credendum est, l. 24. D. 34. 5. — c. 1. C. de S. E. 1. 2. — Mehrere Gründe s. Sell Versuche Thl. II. S. 42., v. Savigny System Bd. III. S. 193—202.

Zu 8) Die unsittlichen Bedingungen sind den unmöglichen nur so weit gleich gestellt, als es nothwendig ist, um zu verhindern, daß nicht dadurch die Wirksamkeit des Schlechten befördert werde. Dies wäre der Fall besonders dann, wenn ich mir für eine schlechte Handlung einen Vortheil versprechen lasse, oder wenn der Testator seinen Erben ein Legat für den Fall auflegt, wenn er ein Verbrechen unterlassen oder eine Pflicht nicht erfüllen würde; §. 36. J. 2. 20. — l. un. C. 6. 41. — Wird eine Bedingung, welche darauf abzweckt, daß etwas Unmoralisches geschehe, in einem Vertrage festgesetzt, so ist der ganze Vertrag ungiltig, l. 123. D. 45. 1. — l. 137. §. 6. eod. — geschieht es in einem Testament, so gilt die Bedingung als nicht geschrieben, mithin wird die Erbeinsetzung oder das Legat unbedingt; l. 9. D. 28. 7. — l. 14. l. 27. D. eod. — l. 5. C. 6. 25. — Völlige Nichtigkeit des Testaments, und nicht blos Wegfallen der Bedingung, statuirt l. 15. D. 28. 7., wenn der Vater seinen heres suus unter einer unsittlichen Bedingung zum Erben einsetzt. Hier wird die Handlung als nicht potestativ betrachtet, weshalb es der Erbeinsetzung an der gesetzlichen Form fehlt.

Verschieden wird der Fall behandelt, wenn an die Unterlassung einer unerlaubten Handlung oder an die Erfüllung einer Pflicht irgend ein Vortheil geknüpft wird. Geschieht dies vertragsweise, so gilt das Versprechen nicht, l. 7. §. 3. D. 2. 14., da eine solche Convention zu schändlichen Speculationen führen würde; selbst das auf solche Weise bezahlte Geld würde mit der condictio ob turpem causam zurückgefordert werden können, l. 2. pr. §. 1. u. 2. l. 4. §. 2. l. 9. pr. §. 1. u. 2. D. 12. 5. — l. 6. l. 7. C. 4. 7. — Dahingegen ist es in Testamenten nirgend verboten, die Erbeinsetzung oder das Legat an die Bedingung zu knüpfen, daß der Erbe oder Legatar das Schlechte unterlasse oder eine Pflicht erfülle; s. v. Savigny a. a. O. §. 122., Höpfner Instit. Commentar §. 491. Bei Testamenten fällt nämlich der Grund hinweg, welcher bei Contracten den Gesetzgeber zur Ungiltigkeits-Erklärung bewog. Bei Verträgen scheint es im Interesse des Gebers oder Promittenten zu liegen, welcher durch Furcht oder Hoffnung bestimmt seyn konnte, damit die Unterlassung eines Verbrechens zu bewirken. Beim Testirer hingegen ist ein eigenes Interesse nicht möglich, und der Promissar kann da nicht durch Drohung, das Laster fortzusetzen, in unzulässiger Weise auf den Willen des Promittenten einwirken. Ganz und gar nicht kann also das Verbot unmoralischer Bedingungen eintreten, wenn

a) eine solche im Testament negativ gestellt wird, daß z. B. der

Erbe irgend eine unerlaubte Handlung zu unterlassen verpflichtet wird, und es muß sogar Caution für Erfüllung solcher Bedingung vom Erben geleistet werden, s. Höpfner a. a. O. — ingleichen

b) wenn man sich einer Conventionalstrafe im Fall der Begehung einer unsittlichen Handlung unterwirft; l. 1. l. 2. C. 4. 56. — l. 121. §. 1. D. 45. 1. oder

c) bei dem legato poenae nomine relicto.

Früher ward es zwar für unstatthaft erachtet, wenn der Testator seinem Erben, falls er irgend etwas thäte oder unterließe, was mit des Testirers Willen nicht übereinstimmte, dadurch eine Vermögensstrafe auflegte, daß er ihn für diesen Fall zur Entrichtung eines gewissen Legats verpflichtete; nach Justinianeischem Recht wird aber diese Art von Zwang nur in dem Fall verworfen, wenn er etwas verbotenes oder schimpfliches oder unmögliches bezweckt; l. 1. C. 6. 41. — §. 36. J. 2. 20.

Zu 9) Es kommt nach l. 35. §. 1. l. 137. §. 6. D. 45. 1. — darauf nichts an, ob die Unmöglichkeit auch wieder vorübergehen könne (was wohl nur bei den juristisch unmöglichen Bedingungen wegen der Veränderlichkeit der Gesetzgebung der Fall seyn wird), immer kommt es bei Rechtsgeschäften unter Lebenden nur auf den Zeitpunkt ihrer Errichtung an. In stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus, l. 144. §. 1. D. 50. 17. — l. 78. pr. l. 83. §. 5. D. 45. 1. — §. 2. in f. J. 3. 20. War es damals möglich, und wird in der Folge zufällig unmöglich, so kann man nur sagen: conditio deficit; l. 91. pr. D. 45. 1. — l. 19. l. 20. §. 3. D. 40. 7. — l. 23. §. 2. D. 9. 2. — War es damals rechtlich unmöglich, so nützt es nichts, wenn die vorher verbotene Handlung durch veränderte Umstände später einen erlaubten Charakter annimmt, l. 35. §. 1. D. 45. 1. — oder wenn spätere Gesetze das erlauben, was früher verbotener Natur war. Nec ad rem pertinet, quod jus mutari potest; l. 137. §. 6. D. 45. 1.; s. v. Savigny a. a. O. S. 166.

Bei Dispositionen auf den Todesfall soll sich nach Einigen, s. Sell Versuche II. S. 57., Heimbach im Rechtslex. Bd. I. S. 765., die Unmöglichkeit nach der Zeit des Erbschafts- oder Legats-Anfalls bestimmen, dagegen nach den Ausführungen v. Savigny System Bd. III. S. 166. rc., und v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 93. S. 159. u. Bd. II. §. 434. S. 130. der VI. Aufl. kann es blos darauf ankommen, ob die Bedingung vor oder zu der Zeit der Testa-

mentserrichtung unmöglich war, — gleichviel ob der Testator die Unmöglichkeit kannte oder nicht. War sie damals wirklich unmöglich, so wird sie pro non adjecta erachtet. Auch darf nicht auf eine tadelnswerthe Veränderung des Unmöglichen in ein Mögliches gerechnet werden, z. B. wenn ein freier Mensch Sclave werden oder eine res sacra zur profana gemacht werden sollte; l. 83. §. 5. D. 45. 1.

Zu 10) Wir haben soeben gehört, daß bei der juristischen Unmöglichkeit keine Rücksicht darauf genommen werde, daß sich das Recht mit der Zeit ändern könne, mithin kann nur die aus factischen Zuständen hervorgehende Veränderlichkeit in Frage kommen. Hier muß aber das Möglichwerden allerdings beachtet werden, eben weil auf Veränderlichkeit das Wesen der Bedingungen berechnet ist. Die bei Eingehung des Rechtsgeschäfts vorhandene Unmöglichkeit muß daher keine veränderliche Natur an sich tragen, sonst kann sie nicht als eine wahre Unmöglichkeit betrachtet werden, welche nicht Gegenstand einer Bedingung seyn könnte, denn umgekehrt spricht sich l. 83. §. 5. D. 45. 1. dahin aus: Ea, quae *natura sui* possibilia sunt, deducuntur in obligationem; cf. l. 58. l. 59. D. 35. 1., Sell Versuche Thl. II. S. 51 ꝛc. Was also seiner Natur nach veränderlich ist, kann nicht zu den unmöglichen Bedingungen gezählt werden.

Zu 11) Bei Rechtsgeschäften unter Lebenden scheint nirgend ein Zweifel darüber obzuwalten, daß die absolut — nämlich an sich durchaus — unmögliche und die relativ unmögliche Bedingung — eine solche nämlich, welche ein zwar im Allgemeinen mögliches, aber im concreten Fall unmögliches Ereigniß zum Gegenstand hat — in der rechtlichen Wirkung sich ganz gleich verhalten, daß nämlich das Rechtsgeschäft hinfällig wird; s. Sell a. a. O. S. 75. §. 11., gleichviel ob die Contrahenten die concrete Unmöglichkeit gekannt haben oder nicht; l. 1. §. 9 D. de O. et A. (44. 7.) — Gajus Comm. III. §. 97. — §. 1. u. 2. J. 3. 20. — l. 72. §. 7. l. 6. §. 1. D. 35. 1. — l. 45. D. 28. 5. — l. 26. §. 1. D. 40. 7. — Bei Testamenten glauben Manche die Folgen einer in concreto unmöglichen Bedingung davon abhängig machen zu müssen, ob der Testirer die Unmöglichkeit kannte oder nicht; indem im letzten Fall nicht wie im ersteren die conditio pro non scripta, sondern die Bedingung vielmehr als wirksam zu achten seyn soll, so daß also der unter einer relativ unmöglichen Bedingung von dem mit dieser Unmöglichkeit unbekannten Erblasser eingesetzte Erbe die Erbschaft nicht erhält; s. Becker Diss. Conditio impossibilis non indistincte pro non scripta habenda. Rostock 1754. §. 10. etc., Weber zu Höpfner §. 491. not. 3. u. Seuffert im

Lehrb. Bd. III. §. 536., indem er sich auf Averan. Interprett. jur. Lib. II. c. 24. no. 14—31. beruft, welcher aber gerade das Gegentheil vertheidigt und es no. 18. pag. 601 ꝛc. für opinio falsissima et nulla lege suffulta erklärt: conditiones, quas testator falsas esse ignorabat, non detrahi, sed vitiare ultimas voluntates, cum tamen hae tanto magis detrahendae sunt, quanto certius est, eas incauto testatori excidisse. Allerdings ist ein Unterschied, ob der Testator die Unmöglichkeit der Bedingung kannte oder nicht, in den Gesetzen für keinen Fall begründet; s. v. Savigny System Bd. III. S. 164. §. 121., vielmehr fällt dann immer die Bedingung weg, und die Verfügung des Testators wird dadurch zu einer unbedingten. Warum nicht, wie die Proculianer wollten, bei Testamenten die unmögliche Bedingung eben so wie bei Verträgen, also die Hauptdisposition vernichtend behandelt wird, sondern die Ansicht der Sabinianer im Justinianischen Recht durchdrang, welche lieber die Bedingung als die Hauptdisposition fallen lassen wollten, — denn nur zwischen Diesem und Jenem konnte ja die Wahl seyn — erklärt sich wohl nach Sell Versuchen II. S. 79 ꝛc. daraus, daß die Gesetze zwar bei negotiis inter vivos die Bedingung vom Hauptgeschäft untrennbar erkannt hatten, nicht so aber bei negotiis mortis causa, l. 45. D. 28. 5. — l. 6. §. 1. D. 35. 1. — l. 72. §. 7. D. eod. Die Vermuthung, daß dem Testator die Hauptdisposition mehr am Herzen lag, als die beigefügte Bedingung oder Nebenbestimmung, entspricht auch der Interpretationsregel, welcher zufolge derjenige Sinn vorzuziehen ist, durch welchen das Geschäft aufrecht erhalten werden kann. Auch Thibaut im System des P. R. §. 954. ed. noviss. statuirt: „affirmative physisch oder moralisch unmögliche Bedingungen, sie seyen nun absolut unmöglich, oder, indem der Erblasser es wußte oder wissen konnte, relativ unmöglich, werden als nicht beigefügt angesehen."

Zu 12) Dann besteht der mögliche Theil als günstige Bedingung, der unmögliche aber gilt als nicht geschrieben; l. 45. D. 28. 5. — l. 6. §. 1. D. 35. 1., v. Savigny a. a. O. S. 164., wobei freilich vorausgesetzt wird, daß der Gegenstand der Bedingung theilbar sey, Sell a. a. O. §. 10. S. 63., weil obligationes individuae so lange als gänzlich unerfüllt betrachtet werden, als nicht Alles geleistet worden, was den Gegenstand der obligatio ausmacht. Derselbe Fall tritt ein, wenn die Bedingung dahin gestellt ist, daß Mehrere etwas gemeinschaftlich thun sollen, und Einige sich weigern, oder an Mehrere etwas geleistet werden soll, und dies bei Einigen nicht geschehen kann. Man wird hier immer prüfen müssen, ob der Ansicht des Dis=

ponenten nach die totale Erfüllung als wesentlich erscheint; cf. l. 112. §. 1. u. 2. D. 35. 1. — l. 6. C. 6. 46. — Indessen wird hier von den Gesetzen häufig durch benigna interpretatio abgeholfen, l. 12. D. 33. 4. — l. 112. pr. §. 1. u. 2. D. 35. 1. — l. 18. pr. D. 40. 4. — l. 6. C. 6. 46. — l. 54. §. 1. l. 56. D. 35. 1. — l. 4. §. 3. D. 40. 7., wie in der Materie vom Erbrecht näher zur Erörterung kommen wird.

Zu 13) Im ersten Fall tritt dieselbe Folge, wie bei der absolut unmöglichen Bedingung ein, auch wenn dem Testator die eingetretene Unmöglichkeit unbekannt geblieben war; l. 104. §. 1. D. de leg. 1. (30.) — l. 6. §. 1. D. 35. 1., v. Savigny a. a. O. S. 163. — Ist aber die Unmöglichkeit erst nach Errichtung des letzten Willens eingetreten, so muß dahin entschieden werden, daß die Bedingung deficire, folglich die Disposition hinfällig werde; l. 72. §. 4. in f. D. 35. 1. — Blos zu Gunsten der Freiheitsertheilung macht eine Ausnahme l. 39. §. 4. D. 40. 7. Ob die nach Errichtung des Testaments eingetretene Unmöglichkeit in die Periode vor oder nach dem Tod des Testators fiel, wird zwar von Manchen unterschieden, doch scheint in den Gesetzen kein hinlänglicher Grund dazu gegeben; Sell a. a. O. §. 55.

Besondere Grundsätze gelten für den Fall, wenn der Erblasser die an und für sich mögliche Bedingung durch eine eigene Handlung späterhin unmöglich gemacht hat, sey es, daß er die Erfüllung ausdrücklich verboten oder durch eigene Thätigkeit ein factisches Hinderniß hervorgerufen hat. Hier fällt in der Regel die Bedingung als vom Erblasser erlassen hinweg, l. 53. D. 35. 1. — l. 3. §. 9. D. 34. 4., und nur dann, wenn es überhaupt erweislich ist, daß der Erblasser das factische Hinderniß in der Absicht hervorgerufen habe, um die ganze Disposition zu vernichten, wird auch diese zusammenfallen müssen, l. 72. §. 7. D. 35. 1.; die abweichende Meinung des Labeo ist nicht bestätigt worden; l. 29. §. 4. D. 32.

Zu 14) Nicht bei Verträgen, s. l. 19. §. 6. D. 39. 5., sondern nur in Testamenten ist sie verwerflich und dagegen verordnet, daß unter Erlassung des promissorischen Eids nur die Handlung selbst erforderlich sey, — der Grund ist in den Gesetzen selbst angegeben, l. 8. pr. u. §. 6. D. 28. 7. — l. 26. pr. l. 20. D. 35. 1. — l. 29. §. 2. D. 29. 1. — l. 14. §. 1. D. de leg. III. (32.). Indessen ist auch da die Ableistung des Eides Dem, der dazu freiwillig sich bereit findet, nicht absolut verboten, sondern sie wird vielmehr als eine giltige pro herede gestio angesehen, l. 62. pr. D. 29. 2., welche dann

auch die Vollziehung der eidlich versprochenen Handlung zur Folge haben muß. Auch ist der Grundsatz, daß die conditio jurisjurandi als c. turpis aufzufassen sey, nicht ohne Ausnahme geltend gemacht. Nur in den meisten Fällen wird sie aus diesem Gesichtspunkte betrachtet; l. 20. D. 35. 1. Ausnahmen sind statuirt, wenn einer Stadtgemeinde unter der Bedingung eines Eides etwas hinterlassen ist, — denn da müssen ihre Verwaltungsbeamten allerdings schwören, l. 97. D. 35. 1.; ingleichen bei der Manumission eines Sklaven unter der Bedingung eines eidlichen Versprechens; l. 12. pr. §. 1. D. 40. 4. — vergl. v. Savigny System Bd. III. §. 123., Huschke in Linde's Zeitschr. Bd. XIV. S. 334.

Zu 15) Hier fällt nicht blos die Bedingung weg, sondern die Verfügung überhaupt wird kraftlos, l. 64. D. de leg. 1. (30.) Captatoriae scripturae simili modo neque in hereditatibus neque in legatis valent; Sell a. a. O. S. 295.*)

Zu 16) Conditiones ex errore adjectae werden nach der bei testamentarischen Verfügungen durchgreifenden Regel, daß man mehr auf die erweisliche Absicht des Erblassers, als auf dessen Worte zu sehen habe, — den Beweis des Irrthums vorausgesetzt, — für nicht hinzugefügt erachtet; l. 9. §. 5. D. 28. 5., Sell Versuche II. S. 260. not. 3.

Sich widersprechende Bedingungen vernichten eine letztwillige Disposition, wenn sie dadurch in Verwirrung geräth, l. 188. pr. D. 50. 17., Sell a. a. O. S. 270., was auch in Ansehung der condit. perplexae gilt, wenn sich kein Auskunftsmittel findet, die Disposition auf irgend eine Weise aufrecht zu erhalten, l. 4. pr. D. 28. 7.

Conditiones ineptae sind hinfällig, ob aber die Hauptdisposition dann auch nicht aufrecht erhalten werden könne, soll davon abhängen, ob der Testator wahnsinnig gewesen sey oder nicht; l. 27. pr. D. 28. 7., Heimbach im Rechtslex. Bd. I. S. 783.

Zu 17) Derisorische Bedingungen werden pro non adjectis gehalten; l. 113. §. 5. D. de leg. 1. (30.) — l. 27. pr. D. 28. 7. Condit. in fraudem legis conceptae werden den rechtlich unmöglichen Bedingungen gleichgestellt; l. 7. D. 28. 7. — l. 64. §. 1. D. 35. 1. — l. 27. D. 35. 2.

Zu 18) Die in den Gesetzen als moralisch unmöglich bezeichneten Bedingungen sind: in unschicklicher Kleidung öffentlich zu erscheinen;

---

*) Die Frage: ob dadurch blos die Verfügung des captans oder auch die des captatus nichtig werde, s. die Lehre von Testamenten im Bd. III.

Pauli S. R. III. 4. B. §. 2. — den eigenen Vater nicht aus der Gefangenschaft loszukaufen, l. 9. D. 28. 7. — den eigenen Eltern oder Patronen keine Alimente zu verabreichen, — dem benef. competentiae in der Dotalklage als Ehemann zu entsagen, l. 14. §. 1. D. 24. 3. — nicht zu heirathen,*) l. 79. §. 4. l. 100. l. 22. D. 35. 1. — oder nur auf eine Zeit lang, l. 62. §. 2. D. 35. 1. — nach dem Willen einer bestimmten dritten Person zu heirathen, l. 72. §. 4. D. 35. 1. — zu heirathen, wenn die zu heirathende Person eine bestimmte Geldsumme verspreche, l. 97. §. 2. D. 45. 1. (das Kirchenrecht erklärt indeß diese Bedingung für erlaubt, c. 3. X. de condit. appos. (4. 5.) — sich nicht von seinem Gemahl zu scheiden, l. 2. C. 8. 39. — l. 14. C. 5. 4. — oder sich von demselben zu scheiden,**) l.

---

*) Doch nur sofern gänzliche Ehelosigkeit bezielt wird, l. 22. l. 63. §. 1. l. 72. §. 5. l. 74. l. 77. §. 2. l. 100. D. 35. 1., daher diese Bedingung einer Wittwe unbedenklich auferlegt werden kann, Nov. 22. c. 44. §. 8., s. v. Vangerow Pand. I. §. 227. S. 487.. der VI. Aufl. (e.) auch Beschränkung in Hinsicht auf Zeit oder Ort zulässig ist, l. 62. §. 2. l. 64. §. 1. D. 35. 1., wenn sie nicht zur Umgehung des Julisch-Papischen Gesetzes dient, nämlich wenn die Person anderswo als an dem zur Bedingung gemachten Ort nicht leicht Gelegenheit zur Heirath finden kann; l. 64. §. 1. D. 35. 1. Auch muß, gegen die Meinung von Sell a. a. O. S. 141. u. 157. die Bedingung, eine gewisse Person nicht zu heirathen, nach l. 63. pr. l. 64. pr. D. 35. 1. für zulässig erachtet werden; s. v. Vangerow a. a. O. II. §. 434. S. 182. der VI. Aufl. Dagegen die Bedingung, eine gewisse Person zu heirathen, ausnahmsweise dann ungiltig ist, wenn dieselbe eine unehrbare oder solche Person wäre, mit welcher die Verehelichung unanständig seyn würde; l. 31. l. 63. §. 1. D. 35. 1. Ob das Versprechen einer Mannsperson an eine Frauensperson, oder umgekehrt, ihr eine bestimmte Geldsumme zu zahlen, wenn sie sie heirathen werde, ungiltig sey, wie Sell a. a. O. II. S. 179. behauptet, scheint nicht absolut angenommen werden zu dürfen, weil sich auch tadellose Motive denken lassen, sondern nur nach Beschaffenheit des Falls, weshalb l. 97. §. 2. D. 45. 1. cognitionem causae vor Abweisung der Klage voraussetzt, obgleich mit dem Beisatz: nec raro probabilis causa ejusmodi stipulationis est; v. Savigny System Bd. III. S. 182.

**) Die Stipulation einer Conventionalstrafe auf den Fall, daß man durch seine Schuld eine Ehescheidung herbeiführen würde, gilt in der Regel nicht; l. 134. pr. D. 45. 1. — l. 2. C. 8. 39. Zwar macht l. 19. D. 45. 1. eine Ausnahme dann, wenn die stipulirte Strafe die Höhe der gesetzlichen Ehescheidungsstrafe nicht übersteigt, aber nach dem Recht des Codex sind solche Strafdispositionen durchaus nicht als gültig zu betrachten; l. 2. C. 8. 39. — Unbedingt ungiltig ist die Stipulation einer Conventionalstrafe für den Fall, wenn man den Andern nicht zum Erben einsetzen würde; l. 61. D. 45. 1. Das Obertribunal in Berlin (Entscheid. Bd. XXIX. S. 373.) erkannte die Stipulation einer Conventionalstrafe für den Fall einer herbeigeführten Ehe-

8. §. 1. D. 7. 8. — l. 5. C. 6. 25. — an einem bestimmten Orte für immer seinen Wohnsitz aufzuschlagen, l. 71. §. 2. D. 35. 1. (ausgenommen, wenn diese Bedingung einem Freigelassenen auferlegt ist) — einen bestimmten Dritten zum Erben einzusetzen, l. 61. D. 45. 1. — seinen letzten Willen nicht zu ändern, l. 4. C. 8. 39. — einen schimpflichen Namen zu tragen, l. 7. l. 63. §. 10. D. 36. 1. — sowohl etwas durch die Gesetze oder die guten Sitten verbotenes zu unterlassen, oder etwas moralisch nothwendiges zu thun, und sich dafür Geld versprechen zu lassen, l. 2. pr. D. 12. 5. — l. 7. §. 3. D. 2. 14. — l. 2. §. 1. 2. D. 12. 5. — l. 5. D. 27. 3. — der act. rerum amotarum im voraus zu entsagen, l. 5. §. 1. D. 23. 4. — die Religion zu ändern oder nicht zu ändern.*) Nach der Ansicht der Pandectenjuristen sind übrigens manche Bedingungen, welche nach manchen neueren Rechtsgelehrten auch als moralisch unmöglich betrachtet werden, gleichwohl für moralisch möglich erklärt. Z. B. etwas, was durch das Sittengesetz verboten ist, zu unter=

---

scheidung für eine unehrbare Bedingung und, insofern sie eine Verzichtleistung auf Rechte begreift, die aus künftigen unerlaubten Handlungen entstehen möchten, für unwirksam, demnach nur die gesetzliche Ehescheidungsstrafen als bindend.

*) Die Unzulässigkeit dieser Bedingung ist zwar sehr bestritten, aber nach dem Geist der Gesetze, welche es für schändlich erkennen, Gegenstände der freien moralischen Selbstbestimmung dem Interesse zu unterwerfen, arg. l. 5. C. 6. 25., könnte man keine dieser Bedingungen für zulässig erkennen, überhaupt keiner Willensbestimmung von außen her Maß geben; s. v. Savigny a. a. O. S. 183. — Jäger in Linde's Zeitschr. Bd. III. S. 316. — Mackeldey Lehrb. §. 171. not. f. — Sell a. a. O. Bd. II. S. 142. — Doch wollen Andere die Unzulässigkeit dieser Bedingung auf den Fall beschränken, wenn eine vom Staat verbotene Religion angenommen oder beibehalten werden soll, Thibaut System §. 803. Da tritt aber auch ein anderes als der blos moralische Gesichtspunkt ein. Wieder Andere unterscheiden, ob die Bedingung, die Religion beizubehalten, oder sie zu verändern, gestellt sey, und lassen nur die erstere gelten; s. Höpfner Institt. Comm. §. 490. not. 2., Eichhorn Einleitung in d. deutsche Privatr. §. 79., Quistorp rechtl. Bemerk. I. no. 244. — Der Ansicht, daß solche Bedingungen nicht unzulässig seyen, s. v. Wening=Ingenheim Lehrb. §. 88., Seuffert Lehrb. §. 536. not. 4. tritt v. Vangerow Bd. I. §. 93. S. 158. der VI, Aufl., besonders aus dem Grunde bei, weil nur die aus eigennützigen Absichten vorgenommene Religionsänderung für schändlich angesehen werde, allein zu moralisch unmöglichen Bedingungen nur solche Handlungen gezählt werden dürfen, welche schon objectiv betrachtet, das Sittengesetz verletzten, s. l. 15. D. de cond. inst., nicht aber solche, die nur erst durch die dabei zu Grunde liegende Gesinnung zu unsittlichen werden können.

lassen, l. 121. §. 1. D. 45. 1. — l. 50. D. 2. 14. — zu heirathen, l. 23. D. 28. 7., Sell a. a. O. S. 162. not. 1. — einen bestimmten Dritten oder mehrere bestimmt bezeichnete Personen nicht zu heirathen, l. 63. pr. l. 64. D. 35. 1., was früher streitig war. Bei negotiis inter vivos gilt indeß diese Betingung als moralisch unmöglich, l. 71. §. 1. D. 35. 1. — Statthaft ist ferner die Bedingung, eine bestimmte dritte Person zu heirathen, l. 63. §. 1. D. 35. 1. — l. 1. 2. C. 6. 25. — die Verheirathung dritter bestimmter Personen unbehindert geschehen zu lassen l. 134. pr. D. 45. 1. — l. 31. D. 35. 1. — nicht wieder zu heirathen, l. 2. 3. C. 6. 40. — Nov. 22. c. 43. 44. §. 8. — einen fremden Namen zu tragen, l. 63. §. 10. D. 36. 1. — l. 19. §. 6. D. 39. 5.

Zu 19) Nach l. 77. D. 50. 17. nicht acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris. — Auch kann eine Realdienstbarkeit nicht unter Bedingung constituirt werden, Glück Thl. IX. S. 33. — insbesondere finden Resolutivbedingungen bei Erbeinsetzungen nicht statt, weil diese dem Princip semel heres, semper heres widerstreiten; l. 88. in f. D. 28. 5. — Ausnahmen werden gleichwohl behauptet, s. Wening-Ingenheim im civ. Archiv Bd. I. no. 9. und Zimmern a. a. O. Bd. VII. no. 7., und widerlegt von Thibaut ibid. Bd. V. no. 13. Bd. VII. no. 19.

Zu 20) Die cond. si sui juris sit gilt auch dann, wenn dabei auf den Tod des Vaters hingedeutet seyn sollte, doch auch für den Fall der Emancipation; l. 11. §. 11. D. 32. vergl. mit l. 11. §. 7. ib. — Die cond. si dederit kann auch von Anderen im Namen des Onerirten erfüllt werden, wenn es sich nicht um operae, sondern um baares Geld handelt; l. 39. §. 5. D. 40. 7. — l. 28. D. 28. 7. — Ist die Person des Empfangsberechtigten nicht genannt, so ist anzunehmen, daß der Erbe gemeint sey; l. 8. D. 40. 7.

Zur Erfüllung der cond. si liberos habuerit genügen auch postumi, l. 18. D. 36. 2. — l. 20. D. 36. 1., nicht aber adoptivi, l. 51. §. 1. D. 31., wogegen die cond. si sine liberis decesserit für deficirend erachtet wird, wenn gleich ein postumus zur Welt gekommen ist; l. 187. D. 50. 17. — l. 7. D. 40. 4. — l. 132. l. 141. D. 50. 16. Dasselbe gilt von der Geburt eines Tochterkindes; l. 1. C. 6. 46. — l. 6. §. 2. C. 6. 49.

Die Bedingung dum cum filio erit wird in solcher Bedeutung genommen, daß sie bei einer kurzen Entfernung nicht für deficirend erachtet wird.

Die cond. si chirographum reddiderit enthält die Verpflichtung,

die in der Bedingung bezeichnete Person von der im Schuldschein beschriebenen Schuld zu befreien; l. 84. §. 7. D. 30.

Die Bedingung si capax erit hat die Wirkung, daß, während die Gesetze die Capacität zu drei Zeitpunkten, nämlich der Testamentserrichtung, der Todeszeit des Erblassers und des Erbschaftsantritts erfordern, es schon genügt, wenn der Bedachte in irgend einem Zeitpunkt der Fähigkeit erwirbt; l. 62. pr. D. 28. 5.

Die cond. si rationes reddiderit begreift die Verbindlichkeit, auch über Gegenstände, worüber keine schriftliche Rechnung geführt worden ist, die Posten zu belegen, l. 111. D. 35. 1. — l. 82. D. ib. und den Ueberschuß heraus zu geben; l. 82. D. 35. 1. — l. 8. §. 5. D. 34. 3. — l. 111. D. 35. 1. — l. 31. D. 40. 7.

---

§. 40.

β) Allgemeine Grundsätze über eigentliche statthafte Bedingungen.

1) Was versteht man unter positiver oder affirmativer und negativer Bedingung?
2) Worauf beruht der Unterschied zwischen cond. potestiva, casualis und mixta?
3) Was ist die Folge, wenn die Potestativbedingung auf die freie Entschließung des Verpflichteten gestellt ist, und zwar
   a) auf sein bloßes Wollen,
   b) auf eine Handlung desselben.
4) Wenn die Erfüllung der Bedingung auf der freien Handlung eines Dritten beruht, was ist dann die Folge, wenn durch Vertrag oder Testament also disponirt wird? Kann die Bedingung auch auf die Willkür eines Dritten gestellt werden?
5) Wenn eine Erbeinsetzung oder ein Legat durch ein Ereigniß oder eine Handlung bedingt ist, welche zur Zeit der Testaments-Errichtung schon eingetreten war, muß sie dann, um den Erwerb der Erbschaft oder des Legats herbeizuführen, wiederholt werden? Genügt es insonderheit bei einer Potestativbedingung, daß die bedungene freie Handlung zufällig irgend einmal geschehen ist?
6) Geht das an eine positive (affirmative) Bedingung geknüpfte Recht oder die hierdurch noch ungewisse Erwerbung immer

auch auf die Erben der Berechtigten über, dergestalt, daß auch von ihnen die Erfüllung angenommen werden muß? und zwar der aus Verträgen oder auch aus einem Testament entsprungene Anspruch? Wie, wenn sie Mehreren zugleich auferlegt ist?

7) Wann kann die negative Bedingung für erfüllt gelten?

8) Was für eine rechtliche Wirkung hat die Suspensivbedingung, so lange sie schwebt? Wem fällt das periculum interitus et deteriorationis zur Last?

9) Kann der Berechtigte Caution, während die Bedingung schwebt, verlangen?

10) Wenn etwas in einer gewissen Zeit geschehen oder unterbleiben soll, und die Bedingung früher in Erfüllung geht, ist dann der Verpflichtete gleichwohl berechtigt, seine Leistung bis nach Ablauf der für die Bedingung gesetzten Zeit zu verschieben?

11) Wenn die Erfüllung einer andern als der bestimmten Person geleistet wird, ist solches von Wirkung?

12) Kann die Bedingung auch durch eine gleich wirksame Leistung (per aequipollens) für erfüllt angenommen und die Erfüllung auch durch einen Andern bewirkt werden?

13) In welchen Fällen wird eine nicht erfüllte Bedingung dennoch de jure für erfüllt angenommen?

14) Ist insonderheit demjenigen, welchem bei dem besten Willen, die Bedingung zu erfüllen, durch unverschuldete und unabwendbare Zufälle solches unmöglich gemacht wird, die Nichterfüllung unschädlich?

15) Worin besteht der Unterschied zwischen Suspensiv- und Resolutiv-Bedingung?

16) Wann ist die Bedingung bei zweifelhafter Fassung für aufschiebend oder für auflösend zu achten?

17) Wenn die Bedingung durch den wirklichen Eintritt der bestimmten Thatsache erfüllt (impletur, existit), oder durch eine eingetretene Unmöglichkeit ihrer Entstehung vereitelt ist (deficit), so fragt sich, ob ihre Wirkung, diese bestehe nun in der Perfection (wie bei der suspensiven), oder in der Auflösung des Rechtsgeschäfts (wie bei der Resolutiv-Bedingung) erst mit dem Eintritt der Bedingung beginne, oder auf den Anfang des Rechtsgeschäfts zurückgehe und beim Eintritt der auflösenden

Bedingung die Sache auch vom dritten Besitzer vindicirt werden könne?

18) Was ist Rechtens, wenn pendente conditione das Object zufällig zu Grunde geht?

19) Was ist bei zusammengesetzten Bedingungen Rechtens?

Zu 1) Die affirmative ist auf das Eintreffen, die negative auf das Nichteintreffen eines gewissen Thatumstandes gestellt.

Zu 2) Dieser Unterschied bildet sich aus der Verschiedenheit der Ursache, von welcher ein Ereigniß abhängt. Entweder ist es ein Product menschlicher Freiheit und Willkür, und gilt sonach ein Handeln (dare, facere) oder Unterlassen, oder ein Produkt der unfreien Natur, mithin ein Werk des Zufalls, ob ein Ereigniß eintrete oder nicht; l. 60. pr. D. 35. 1. Letztere Bedingung (cond. casualis) ist demnach eine solche, deren Eintritt ganz unabhängig von der Willkür dessen ist, dem sie gesetzt wurde; l. un. §. 7. C. 6. 51. —

Cond. potestativa kann zwar nach dem Wortlaut eben sowohl in der Gewalt des Verpflichteten, als des Berechtigten oder auch eines Dritten liegend gedacht werden, die Gesetze verstehen aber darunter diejenige, deren Realisirung blos von dem Willen des bedingter Weise Berechtigten abhängt, l. un. §. 7. C. 6. 51., was bei negativen Handlungen durchaus der Fall ist, bei positiven aber schon die gewöhnliche Mitwirkung der Naturkräfte voraussetzt, weshalb auch die Gesetze die Natur der Potestativbedingung nach den besonderen Umständen beurtheilt wissen wollen, l. 4. §. 1. l. 5. D. 28. 5. — l. 28. D. 28. 7. — l. 4. C. 6. 25. — und schon ungewöhnliche Schwierigkeit und Gefährlichkeit der Erfüllung den Begriff der Potestativbedingung ausschließen kann; l. 137. §. 2. D. 45. 1. Vergl. Seuffert's Archiv Bd. X. No. 10.

Cond. mixta endlich ist eine solche, wobei zur eigenen Thätigkeit noch etwas, gewöhnlich ungewisses, Physisches hinzukommen muß.

Zu 3) Wenn Alles

zu a) blos auf das Wollen der Verpflichteten ankommt, so ist begreiflich gar kein Rechtsverhältniß gegeben; bei einseitigen Verpflichtungen fällt dies von selbst in die Augen, bei gegenseitigen folgt es aus dem Princip der Gegenseitigkeit, daß, wenn ich nicht verbunden seyn will, der Andere auch nicht verpflichtet seyn kann; l. 7. pr. D. 18. 1. — l. 13. C. 4. 38. Die Zulässigkeit des Verkaufs ad gustum macht wohl nur eine scheinbare Ausnahme. [Vergl. hierüber Fit-

ting, in d. Zeitschr. f. d. gesammte Handelsr. Bd. II. S. 234. ff.] Auch bei Legaten ist auf solche Weise kein Rechtsverhältniß begründet; l. 43. §. 2. D. de. leg. 1. (30.) legatum in aliena voluntate poni potest, in heredis non potest. Jedoch ist die Anrede, welche der Testirer an seinen mit einem Legat onerirten Erben richtet: „si aestimaveris, si justum putaveris, si tibi videbitur" nicht als diesem Grundsatz entgegenlaufend anzusehen; denn diese beziehen sich nicht auf den bloßen Willen desselben, sondern auf den boni viri arbitratus; l. 11. §. 7. D. 32. — l. 75. pr. D. 30. — l. 46. §. 3. D. 40. 5. Ferner ist ein Unterschied zu machen, ob das Legat dem Erben aufgetragen ist: si volet oder cum voluerit. Es ist nämlich dieselbe Verschiedenheit zwischen den Worten si und cum, wie zwischen dem deutschen „wenn und wann". Jenes bezieht sich auf den reinen Willen des Onerirten, dieses deutet nur auf den Zeitpunkt, wann die testamentarische Disposition erfüllt werden soll. Hierzu hat nun der mit einer solchen Potestativbedingung, welche nur auf die Zeit bezüglich ist, onerirte Erbe sein Lebenlang Zeit, und stirbt er, ohne sich zur Erfüllung erklärt zu haben, so kann sein Erbe der Entrichtung sich nicht mehr weigern; l. 11. §. 6. 7. l. 41. §. 13. D. 32. Dasselbe muß auch dann gelten, wenn die dem Erben auferlegte Potestativbedingung an eine von seiner Seite willkürliche Handlung geknüpft ist; z. B. der Erblasser sagte: „A soll 300 Fl. Legat bei Verkaufung des Erbschaftshauses erhalten;" nun starb aber der Erbe, ohne das Erbschaftshaus verkauft zu haben. Man konnte nun wohl dafür halten: der Legatar bekomme nichts, weil die Bedingung deficirte; allein die richtigere Ansicht ist wohl diese, daß die Potestativbedingung sich nur auf einen Zeitpunkt bezogen habe, zu welchem dem Erben dessen Entrichtung gelegener oder überhaupt der Verkauf des Hauses vortheilhafter seyn konnte, mithin der Grundsatz entscheide, daß bei einer conditio in persona heredis potestativa das Legat mit dem Tod des Onerirten erworben sey, mithin nun dessen Erben zur Auszahlung verbunden seyen.

Zu b) Hier gilt sie als wahre Bedingung; l. 4. §. 1. l. 5. D. 28. 5. — l. 28. D. 28. 7. — l. 4. C. 6. 25.

Zu 4) In Verträgen ist auch eine solche Bedingung unstreitig wirksam. Bei Erbeinsetzungen und Legaten ist es bekanntermaßen äußerst controvers, ob solche an eine willkürliche Handlung, oder überhaupt an die Willkür eines Dritten gebunden werden können, indem es der Natur eines letzten Willens zu widerstreiten scheint, den Willen Anderer an die Stelle des Willens des Testators zu setzen. Dies ist auch die Ansicht Modestin's, l. 52. D. 35. 1. — l. 68. D.

28. 5., jedoch mit der Modification, wenn die willkürliche Handlung eines Dritten zur Bedingung gemacht ist. Dagegen sprechen aber drei Stellen Ulpian's, l. 43. §. 2. D. 30. — l. 1. pr. D. 31. — l. 46. §. 2. D. 40. 5.; der Streit scheint indessen nun durch die derogirende Kraft des canonischen Rechts abgethan, indem c. 13. X. de testam. (3. 26.) eine Erbeinsetzung, welche in die Willkür eines Dritten gestellt ist, geradezu für giltig erklärt. Glück Thl. XXXIII. §. 1406 a) und Boehmer J. E. P. Lib. III. tit. 26. §. 50. halten zwar diese Bestimmung nur für ein jus singulare in Beziehung auf die Geistlichkeit, allein die meisten Rechtslehrer erkennen darin eine allgemeine derogatorische Vorschrift; s. Thibaut System d. Pand. R. §. 800., Schrader Abhandl. aus d. Civilr. I. S. 71. ꝛc., Schweppe römisches Privatrecht §. 800., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. Bch. V. §. 454., Mühlenbruch Doctr. Pand. III. §. 644. not. 7., Heimbach im Rechtslex. Bd. I. S. 787. Dagegen meint zwar Sell in seinen Versuchen Thl. II. S. 294., daß die Notariatsordg. v. J. 1512. §. 5. 8. u. 9. entgegenstehe, indem sie dem Testator bei dem mündlichen Testament befehle, die Erben und Legatare in Gegenwart der Zeugen selbst zu nennen, woraus folge, daß auch beim schriftlichen Testament der Testator selbst den Erben ernennen müsse; allein die angeführten Stellen enthalten etwas Anderes, nämlich eine Anweisung des Notars, daß er sein Instrument nicht durch einen Andern soll ingrossiren lassen. Ausnahmsweise darf man indessen im Testament keinem Andern eine Vormundschaftsbestellung überlassen, weil dabei ein certum judicium erfordert wird; §. 27. J. in f. 2. 20.

Zu 5) Wenn die Bedingung im Testament so gestellt ist, daß irgend etwas geschehen seyn wird, so ist es, um die Bedingung für erfüllt zu achten, gleichviel, ob sie schon bei Lebzeiten des Testators, oder zur Zeit des Todes, oder nach demselben verwirklicht worden ist; l. 7. C. 6. 25. In dem Fall dagegen, wenn dem Honorirten die Bedingung gesetzt ist, daß etwas geschehe, so unterscheiden die Gesetze, s. l. 11. D. 35. 1. in f. zwischen einer cond. promiscua (worunter nach Gothofred zu l. 11. D. 35. 1. eine potestative Bedingung zu verstehen ist) und non promiscua s. non potestativa. Eine Bedingung der ersteren Art muß nach dem Tode des Testators erfüllt werden. Die stipulirte Handlung muß daher, wenn sie auch schon vor demselben vom Honorirten vorgenommen worden wäre, wiederholt werden; denn die frühere Handlung war ja nicht wesentlich von ihm verrichtet worden, ut testamento pareatur, da er das

Testament nicht kannte; l. 2. D. 35. 1. Bei der zweiten Art der Bedingungen genügt es in der Regel, daß die Begebenheit irgend einmal, es sei nun vor oder nach dem Tod des Testators, eingetreten ist; l. 11. in f. D. 35. 1. Hat derselbe es nicht gewußt, daß sie schon vor seiner Testamentserrichtung geschehen war, so schadet dies nicht; l. 11. pr. D. 35. 1. Hat er es gewußt, daß sie schon geschehen sey, so konnte natürlich der vorige Fall vom Testator gar nicht gemeint seyn, mithin muß sich die Begebenheit wiederholen; l. 11. pr. cit. Dem gemäß entscheidet l. 45. §. 2. D. 31. folgenden Fall: ein Vater hatte seinem Testamentserben die Verpflichtung auferlegt, seiner Tochter 100 Fl. auszuzahlen, sobald sie heirathen würde; nun hatte die Tochter zur Zeit der Testaments-Errichtung in Abwesenheit und ohne Wissen des Vaters geheirathet, dieses Nichtwissen thut, wie oben bemerkt, dem Legat keinen Eintrag, hätte er es aber gewußt, so müßte die Bedingung auf eine zweite Heirath bezogen werden.

Während die gesetzlichen Bestimmungen unverkennbar nur auf den muthmaßlichen Willen des Testators gebaut seyn konnten, muß dieser auch wohl dem Richter zum Leitstern dienen dürfen; s. Höpfner Institt. Comm. §. 491. no. 5., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 435.

Zu 6) Bei Verträgen geht das Recht regelmäßig auf die Erben über, wenn es nicht ein höchst persönliches Recht ist; Glück Thl. IV. S. 495. §. 337. c.; s. §. 4. J. 3. 15. — §. 25. J. 3. 20. — l. 57. D. 45. 1. — Anders aber ist es in Testamenten; da muß der bedingungsweise ernannte Erbe oder Legatar immer den Eintritt der Bedingung erlebt oder realisirt haben, um erwerben zu können; l. 1. §. 1. u. 2. D. 35. 1. — l. un. §. 7. C. 6. 51. Aber auch bei Verträgen, wo die bedungene Handlung auf eine bestimmte Person, so daß sie von ihm selbst erfüllt werde, gestellt ist, und es nicht — wie in den Fällen, wo es nicht auf die Person, sondern auf die Handlung ankommt — gleichgiltig erscheint, durch wen sie geschehe, muß sie sich in der bestimmten Person erfüllen, für welche sie gegeben ist; l. 51. §. 1. l. 69. l. 94. D. 35. 1. — l. 8. pr. D. 18. 6. — Geiger und Glück merkw. Rechtsfälle Bd. III. no. 35. — Glück Thl. IV. §. 495. not. 88. Wenn Mehreren zugleich eine affirmative Bedingung auferlegt ist, so kommt es darauf an, ob das Object der Bedingung theilbar ist, oder nicht? Im ersten Fall braucht Jeder nur den auf ihn fallenden Theil zu prästiren, wofern nicht vom Testator verordnet ist, daß Jeder der Honorirten die Bedingung ganz zu erfüllen habe; l. 56. D. 35. 1. — l. 54. §. 1. eod. — l. 4. §. 3.

D. 40. 7. Im zweiten Fall kann die Bedingung nur dann als erfüllt gelten, wenn die Honorirten sämmtlich dieselbe leisten; l. 112. D. 35. 1. Hat jedoch Einer allein der Bedingung ganz Genüge geleistet, so gilt sie für ihn als erfüllt, für die Andern aber als deficirend; l. 13. pr. D. 40. 4.

Zu 7) Entweder — wenn sie an eine bestimmte Zeit gebunden ist — durch deren Ablauf ohne Eintritt des Ereignisses, oder dadurch, daß dieses unmöglich wird, oder durch den Tod des Berechtigten, ohne daß er die ihm durch die Bedingung untersagte Handlung vorgenommen hat; §. 4. J. 3. 15. — l. 73. l. 103. D. 35. 1. — l. 61. pr. D. 40. 3. — l. 115. §. 1. D. 45. 1.

Zu 8) Daß der bedingt Verpflichtete die Existenz der Bedingung abwarten muß, ohne sie zu hindern, und nichts gegen das, wenn gleich bedingte, doch schon als bestehend anzusehende Recht unternehmen darf; l. 42. pr. D. 44. 7. — l. 6. pr. D. 42. 4. — l. 11. §. 1. D. 20. 4. — Dagegen fällt dem Promissar das periculum deteriorationis pendente conditione zur Last, das periculum interitus aber dem Promittenten; l. 8. pr. D. 18. 6. — S. übrigens Fr. 17.

Zu 9) Nur dann, wenn der Verpflichtete eine Gefährde zu Schulden bringt, oder nach den allgemeinen Grundsätzen über Cautionen dem Richter zu deren Anordnung Ursache gegeben ist, oder auch, wenn — wie bei Fideicommissen, l. 13. §. 5. D. 20. 1 — l. 4. D. 42. 6., die Caution besonders von den Gesetzen vorgeschrieben ist, was umgekehrt zur Erleichterung der Erben und Legatare, deren Recht an eine negative Bedingung gebunden ist, durch die cautio Muciana geschehen ist, vermittels deren diese sogleich in den Genuß desjenigen, was ihnen durch das Testament bestimmt ist, gelangen können, wenn sie Caution de restituendo für den Fall künftiger Verletzung der Bedingung bestellen; l. 7. l. 73. D. 35. 1. Vergl. Windscheid Heidelb. krit. Zeitschr. Bd. IV. S. 42. ff.

Zu 10) Nein; diesfalls begründet der dies keinen Aufschub des Rechts; l. 8. l. 10. D. 45. 1., Schweppe röm. Privatr. Thl. I. §. 119. (Ed. IV.)

Zu 11) Wenn gerade einer bestimmten Person geleistet werden soll, so hat die Leistung an einen Andern keine Wirkung, l. 44. pr. §. 1—3. D. 35. 1. — l. 11. §. 11. D. de leg III. (32.) — l. 68. D. 46. 3. — ausgenommen, wo Einheit der Personen obwaltet; Glück Thl. IV. §. 337. d.

Zu 12) Die Gesetze enthalten allerdings Fälle, wo die Bedingung auch per aequipollens als erfüllt angenommen wird; l. 5. C. 8. 55.

— l. 11. §. 11. D. de leg. III. (32.) — l. 22. pr. D. 36. 1. — l. 15. D. 36. 2. — Bei Erfüllung der Bedingungen soll nämlich mehr auf den Zweck, als auf das Buchstäbliche gesehen werden, l. 19. pr. D. 35. 1. — l. 101. pr. D. eod. nec valeat, si quis verba amplectendo conditionis adscriptae sententiam circumveniat, — nec vero improbandum sit, quod ex statuentium mente ac consilio evenit; l. 76. D. 35. 1. — Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. I. §. 109. Conditiones, quae in dando sunt, wenn sie der Erbeinsetzung und Legaten beigesetzt sind, können auch von Andern im Namen Desjenigen, dem sie auferlegt sind, giltiger Weise erfüllt werden, nicht aber Bedingungen, welche in faciendo bestehen; l. 28. D. 28. 7. — l. 5. D. 28. 5. Gemischte Bedingungen werden den ersteren beigezählt, in wie weit sie ein dare, den letzteren, in wie weit sie ein facere enthalten; l. 6. §. 7. D. 40. 7.

Zu 13) Unbestritten ist dies nur in zwei Fällen anzunehmen: a) wenn Derjenige, auf dessen Vortheil die Bedingung abzweckt, durch Ablehnung desselben die Realisirung vereitelt: quotiens per eum, cujus interest, conditionem impleri, fit, quo minus impleatur; e. gr. si jussus sum, heredi decem dare, et ille accipere noluit, — si ita mihi legatum sit, si Sejam uxorem duxero, nec ea velit nubere; l. 5. §. 5. D. 36. 2. — l. 78. pr. D. 35. 1., oder bei der Bedingung der Arrogation, wenn der zu Arrogirende sie verweigert, l. 11. D. 28. 7.; oder der öffentlichen Aufstellung von Bildsäulen, die von der Stadtgemeinde nicht zugelassen wird; l. 14. D. 35. 1. — b) wenn Derjenige die Erfüllung verhindert, welcher aus Nichterfüllung Vortheil zieht; quotiens per eum, cujus interest, conditionem non impleri, fit, quo minus impleatur, perinde habetur, ac si impleta conditio fuisset; l. 161. D. 50. 17. — l. 24. D. 35. 1. — l. 85. §. 7. D. 45. 1. — l. 50. D. 18. 1. — l. 5. §. 5. D. 36. 2. — l. 66. D. 35. 1. — l. 3. l. 4. §. 4. l. 20. l. 23. §. 1. l. 34. §. 1. D. 40. 7. — l. 3. §. 9. D. 12. 4. — dem Hindernden soll nämlich sein dolus, durch welchen er der Bedingung den Charakter der Ungewißheit und Zufälligkeit zu entziehen weiß, nicht zum Vortheil gereichen; daß es hierbei auf die Absicht ankomme, lehrt l. 38. D. 40. 7. — Einerlei ist es, ob die conditio casualis oder mixta war, und die in beiden Fällen a. und b. eintretende rechtliche Fiction der erfüllten Bedingung gilt eben sowohl bei Verträgen, als bei Testamenten; l. 161. D. 50. 17. — l. 24. D. 35. 1. — l. 85. §. 7. D. 45. 1., v. Savigny System Bd. III. §. 119., Seuffert's Archiv Bd. X. No. 128.

Zu 14) Unbestritten ist diese Frage nur in einem Falle zu be-

jahen, nämlich bei dem Legat der Freiheit; l. 94. D. 35. 1. — l. 16. D. 40. 4. — l. 19. D. 40. 7. — Außer diesem Fall eines favor singularis aber scheinen die römischen Juristen selbst nicht unter einander einig gewesen zu seyn; um so mehr hat sich die Verschiedenheit der Meinungen noch bis auf den heutigen Tag fortgesetzt. Darüber nur ist man einig, daß bei Verträgen durchaus nicht angenommen werden könne, daß die Potestativbedingung (denn bei der cond. casualis kann es ohnehin nicht statuirt werden, s. l. 4. §. 7. D. 40. 7. — l. 96. pr. D. 35. 1. — l. 6. C. 6. 27.) für erfüllt zu erachten sey, wenn es nicht an Dem gelegen, welchem sie auferlegt worden, daß er sie nicht erfüllen kann; Thibaut P.=R. §. 94. Ed. noviss. — Dagegen bei Testamenten wird dies zwar von Mehreren auch angenommen; s. Glück Thl. IV. §. 337. d. S. 503., Thibaut P.=R. §. 954. no. V., Sell Vers. ꝛc. Thl. II. S. 215., Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. I. §. 109. — von Anderen indessen nur in den in den römischen Gesetzen speciell vorkommenden Fällen zuzugeben; s. Donell Comm. Lib. VIII. Cap. XXXIV. §. 3. etc., und wieder von Andern, wie von v. Savigny System Bd. III. §. 119., wird die aufgeworfene Frage, mit Ausnahme des Falles der legirten Freiheit, durchgängig verneint. Manche unterscheiden, ob die Unmöglichkeit schon vor dem Tode des Testators vorhanden war, oder erst später eintrat; Sell in den Versuchen Thl. II. S. 228. u. 232. nimmt an, daß bei der reinen Potestativbedingung es an dem Willen des bedingt Honorirten gewöhnlich genüge und das zufällige Unmöglichwerden nicht berechtige, nach der Absicht des Testators die Bedingung als deficirend anzunehmen. v. Vangerow endlich, Pand. Bd. II. §. 129. not. 2., abstrahirt aus den gesammelten Entscheidungen der römischen Rechtsgelehrten als Regel: eine Potestativbedingung (d. h. hier eine solche, die in hoc fit, ut testamento pareatur) gilt dann für erfüllt, wenn die Bedingung zufällig unmöglich wird, nachdem sich der Honorirte zur Erfüllung derselben schon bereit erklärt hatte, nicht aber dann, wenn der Zufall vorher eintrat, also namentlich dann nicht, wenn derselbe schon bei Lebzeiten des Erblassers die Erfüllung unmöglich machte.

So wenig übrigens zu verkennen ist, daß der Satz, so wie er gestellt zu werden pflegt, nämlich: „die Potestativbedingung muß für erfüllt geachtet werden, wenn auch die Erfüllung durch Zufall ohne irgend eine Schuld Desjenigen, welcher sie erfüllen sollte und wollte, nicht erfolgen kann,“ dem gerade auf Ungewißheit beruhenden Wesen einer Bedingung widerstrebt und deshalb nach v. Savigny a. a.

O. verwerflich scheint, so möchte sich doch auf folgendem Wege eine Vereinigung der entgegengesetzten Meinungen erzielen lassen.

Wäre die Bedingung an sich ex natura rerum unmöglich gewesen, so würde man es ohnedies unzweifelhaft finden, daß sie pro non scripta zu achten sey. — Wäre die Bedingung zufällig unmöglich, und war dies dem Testator bekannt, so ist auch kein Grund vorhanden, etwas Anderes anzunehmen. Dies bestätigt l. 104. §. 1. D. de leg. I. (30.) — l. 6. §. 1. D. 35. 1. — Sell Versuche a. a. O. S. 203 ꝛc. §. 54. Aber auch, wenn der Testirer die Erfüllung der Potestativbedingung als möglich voraussetzte, wie er nothwendig voraussetzen mußte, quia ad impossibilia nulla datur obligatio, so wird eine vernünftige Interpretation doch auf das nämliche Resultat führen. Da nämlich eine als potestativ gedachte, in der Wirklichkeit aber nicht potestative Bedingung allemal eine unmögliche ist, so muß man dem Testator immer die stillschweigende Voraussetzung unterstellen, daß die Erfüllung überhaupt möglich, mithin wirklich potestativ sey. Wenigstens dann ist dieses von der Vernunft geboten, wenn die Unmöglichkeit der Erfüllung zugleich mit der Erlöschung des der Bedingung zum Grund liegenden Zwecks coindicirt. Dieser Sinn der Gesetzgeber scheint unzweifelhaft hervorzugehen aus l. 8. §. 7. D. 28. 7. — Non videtur enim defectus conditione, si parere conditioni non possit; implenda est enim voluntas, si potest — ferner l. 23. D. 28. 7. plerumque enim haec conditio, *si uxorem duxerit, si dederit, si fecerit*, ita accipi oportet, quod per eum non stet, quominus ducat, det aut faciat, und l. 54. §. 2. D. de leg. I. (30.) Si servi mors impedisset manumissionem, cum tibi legatum esset, „si manumisisses“ nihilominus tibi debetur legatum, quia per te non stetit, quominus perveniat ad libertatem. In allen diesen Fällen war aber mit der Unmöglichkeit auch der Zweck der Bedingung vernichtet. Die vernünftiger Weise anzunehmende Absicht des Testators leitet die Entscheidung der Gesetze auch in ähnlichen Fällen, z. B. in l. 20. pr. D. 33. 1. übereinstimmend mit l. 13. §. 1. D. 34. 1. und l. 1. C. 6. 37. Hier heißt es: „Wenn euch Unterhalt und Kleidung mit den Worten — daß ihr mit dem Claudius Justus zusammen wohnen werdet, — vermacht sind, so ist es, wie ich die Worte auslege, die Absicht des Verstorbenen gewesen, daß solche auch nach dem Tode des Justus Claudius gewährt werden sollen.“ Der Zweck war ja erfüllt, so lange er bestanden hatte. In l. 84. D. 35. 1. ist bei einem den Freigelassenen des Sohnes, wenn sie bei ihm wohnen werden, verschafften Alimenten-Legat der Unterschied hervorgehoben, ob die Hauptabsicht des Alimenten-Legats auf

den Vortheil des Empfängers oder Desjenigen, bei dem sie sich der ihm zu leistenden Dienste halber aufhalten sollten, gerichtet war. Das Testament lautete: illis libertis alimentorum nomine, si cum filio meo morati fuerint, menstruos denarios centenos et vestiaria dari volo. Die Freigelassenen befolgten die Vorschrift, bis der zum Militärdienst übergegangene Sohn mit Zurücklassung einiger Freigelassenen sich von Rom entfernt hatte, und als er im Lager gestorben war, so entstand die Frage: ob die Erben noch ferner das Legat zu prästiren hätten? Die Entscheidung ging dahin: daß zwar die Bedingung in der Person derjenigen Freigelassenen, welche beim Sohn verblieben, oder in deren Macht es nicht gestanden, daß sie nicht geblieben, da der Sohn gestorben, nicht als unerfüllt anzusehen sey, wenn aber der Testator gewollt hat, daß Denen, welche bei dem Sohn verblieben, dessen eigenen Bestens wegen Alimente verabreicht werden sollten, so müssen Diejenigen, welche dem Willen des Testators zuwider Anforderung erheben, nicht gehört werden; vergl. auch l. 10. pr. l. 13. pr. D. 33. 1. Aus allen diesen Gesetzen geht hervor, daß auch die durch Zufall verursachte Unmöglichkeit der Erfüllung einer Bedingung dem bedingt im Testament Honorirten in manchen Fällen unschädlich seyn kann.

Zu 15) Da das allgemeine Wesen der Bedingung in einer Abhängigkeit von künftigem ungewissen Ereigniß besteht, so hat die Bedingung zwar immer ein Schweben zur Folge und somit eine aufschiebende Natur, doch nennt man vorzugsweise diejenige Bedingung suspensiv, welche die Perfection eines Rechtsgeschäfts, somit auch die Entscheidung über den Erwerb eines Rechts bis zum Eintritt oder Nichteintritt einer Thatsache verschiebt, dagegen Resolutivbedingung diejenige, welche die Auflösung eines schon perfecten Geschäfts, somit den Rückerwerb des Rechts für den Andern auf einen künftigen Fall aussetzt; l. 3. D. 18. 1. — l. 2. pr. D. 18. 2.

Zu 16) Eine allgemeine Regel ist in den Gesetzen nicht zu finden, indessen scheint darauf in l. 7. in f. u. l. 8. D. 23. 3. hingedeutet: denn quilibet actus sui natura purus atque perfectus esse praesumitur, nisi constet; quod sub conditione eum differre voluerint agentes. Wenn man aber damit zusammenhält, daß die römischen Rechtsgelehrten eigentlich nur die Suspensivbedingung als eine wahre Bedingung betrachtet zu haben scheinen, s. Glück Thl. IV. S. 480. not. 51., Hofacker Princ. jur. civ. T. I. §. 187. u. 196., die s. g. Resolutivbedingung aber nur unter den Gesichtspunkt eines Nebenvertrags stellten, so ist mit obiger Gesetzstelle nichts weiter gewonnen, als daß

bei keinem Geschäft die Absicht des Aufschiebens vermuthet werden könne. Wenn Einige daraus, daß bei der lex commissoria und bei der addict. in diem eine Resolutivbedingung anzunehmen sey, l. 1. D. 18. 3. u. l. 2. pr. D. 18. 2. eine allgemeine Regel begründen wollen, s. Glück a. a. O. S. 479. not. 50., Heimbach im Rechtslex. Bd. I. S. 171., so hindert nur daran die Specialität jener Bestimmungen.

Daß bei einer datio, wie bei Bestellung einer Mitgift durch Hingabe eine beigefügte Bedingung nur in resolutiver Eigenschaft gedacht werden könne, leuchtet von selbst ein; l. 7. §. 3. l. 8. D. 23. 3. — l. 1. §. 2. D. 41. 9. Ueberhaupt scheint die gleich erfolgte Erfüllung eines Geschäfts, in dessen Natur nicht schon ein Aufschub liegt, gegen eine Suspensivbedingung zu sprechen; l. 1. §. 2. D. 41. 9.*), Schweppe röm. Privatr. Bd. I. S. 254. §. 116. Ueberhaupt wird nach Thibaut civilist. Abhandl. S. 379. und Sintenis Civilr. I. §. 20. S. 168. der II. Aufl. not. 20. auf die Natur des vorliegenden Rechtsgeschäfts Rücksicht genommen werden müssen, je nachdem das Verschieben mehr oder weniger zu der Natur desselben paßt, und im ersten Fall die aufschiebende, im zweiten die auflösende Bedingung zu statuiren seyn. [Vergl. Goldschmidt, in seiner Zeitschr. f. Handelsr. Bd. I. S. 76. ff. u. Fitting ibid. Bd. II. S. 278.]

Zu 17) Verschiedene Meinungen hierüber s. Glück Thl. IV. §. 337. d., Thibaut civilist. Abh. no. XVII. So viel ist ausgemacht, daß bei Potestativbedinguugen das Bedingte erst vom Moment der Erfüllung an erlangt werden kann; l. 16. §. 7. D. 20. 1. — l. 4. D. 20. 3. — l. 9. §. 1. l. 11. pr. §. 2. D. 20. 4. — ferner bei dem Pfandrecht ist es zweifelsfrei, daß die Priorität eines bedingungsweise gegebenen Pfands nicht nach der Zeit der Erfüllung, sondern nach der Zeit des Pfandvertrags sich bestimme; l. 8. pr. D. 18. 6. — l. 9. §. 1. l. 11. §. 1. D. 20. 4. — Eine bedingungsweise geschehene Tradition hindert nicht die Fortdauer des Eigenthums in den vorigen Händen, und es kann für den Empfänger nicht einmal

*) Daher statuirte das A.-G. in Dresden in folgendem Fall: wenn ein Grundstücksverkäufer übergeben, jedoch die Abrede sich hat gefallen lassen, daß der Kauf, welcher durch Genehmigung der Behörde hinsichtlich der Dismembration bedingt war, im Fall deren Verweigerung als null und nichtig anzusehen seyn solle, so ist im Zweifel cond. resolutiva dergestalt anzunehmen, daß der Käufer schon pendente conditione ohne weiters auf die mit Feststellung bestimmter Termine bezüglich des Kaufgelds versprochenen Leistungen belangt werden kann; s. Wochenbl. f. Rechtsfälle 1851. S. 223.

ein Usucapionstitel pendente conditione bestehen; l. 8. D. 18. 6. — l. 2. §. 2. D. 41. 4. — l. 1. §. 2. D. 41. 9. Bei bedingten Erbeinsetzungen muß gleichfalls der erfüllten Bedingung die Wirkung beigelegt werden, daß es in allen Beziehungen eben so gehalten werden muß, als ob das Recht aus dem Testament gleich anfänglich unbedingt gewesen wäre; l. 26. D. 28. 7. — Vergl. Brackenhöft, Zeitschr. f. Civilr. N. F. Bd. XVII.

Bei Legaten äußert sich die Rückwirkung in der Art, daß alle vom Erben (welcher in der Zwischenzeit eben so, wie auch bei einer bedingungsweisen Tradition, als Eigenthümer angesehen wird), vorgenommenen Veräußerungen vernichtet werden, sobald die Bedingung erfüllt seyn wird; l. 105. D. 35. 1. — Der Fruchtgenuß bleibt aber doch in der Zwischenzeit dem Erben, l. 15. §. 6. l. 88. §. 3. D. 35. 2. — l. 18. pr. l. 33. l. 57. pr. D. 36. 1. — wofern nicht der Testator ausdrücklich verordnet hat, daß bei eintretender Erfüllung das Legat von der Todeszeit an zu entrichten sey (legatum praeposterum), l. 18. pr. D. 36. 1. — §. 14. J. 3. 19. — denn außerdem ließe sich nicht wohl eine so ausdehnende Interpretation zu Gunsten des Legatars rechtfertigen.

Im Allgemeinen sind hinsichtlich der Wirksamkeit

A. der Suspensivbedingungen folgende Fälle zu unterscheiden:

1) Conditio pendet (vergl. zu Frage 8.) Hier hat der bedingt Berechtigte bei der Suspensivbedingung noch gar nichts erworben, sondern eine bloße Hoffnung; doch geht dieses jus futurum auf seine Erben über, wenn es sich nicht von höchst persönlichen Rechten handelt, l. 8. pr. D. 18. 6. und es stehen ihm auch nach Umständen Sicherungsmittel zu l. 13. §. 5. D. 20. 1. —

2) Wenn die Bedingung sich entschieden hat, so wird

a) wenn sie erfüllt ist, die Sache eben so angesehen, als ob das Geschäft pure eingegangen worden wäre; conditio existens retrotrahitur ad initium; daher dem Promissar auch die inzwischen angefallenen Früchte vom Promittenten herauszugeben sind,*) und die von ihm getroffenen Dispositionen

---

*) Dieser Satz ist zwar, da es nicht leicht anzunehmen ist, daß Derjenige, welcher etwas für einen ungewissen künftigen Fall verspricht, sich auch schon der Früchte der Gegenwart entäußern wolle, sehr auffallend und daher auch von Mehreren bestritten, s. v. Vangerow Pand. I §. 95. S. 165. der VI. Aufl., Kritz Sammlung von Rechtsfällen Bd. IV. S. 329. — welcher vorzüglich in l. 25. C. 5. 16. vergl. l. 213. pr. D. 50. 16. eine Stütze für seine Meinung zu finden glaubt, — Schweppe röm. Privatr. Bd. I. §. 119. und

über die Sache in Kraft bleiben, dagegen die des vorigen Besitzers ungiltig und nichtig sind; s. Sintenis Civilr. Bd. I. S. 170. der II. Aufl. Doch ist zwischen einem Forderungsrecht und einem dinglichen Recht ein Unterschied dahin zu machen, daß im ersteren Fall der bedingt Berechtigte sich nur an seinen wortbrüchigen Contrahenten halten kann, im zweiten Fall die Verfügungen des bedingt Verpflichteten hinfällig sind, s. v. Vangerow Pand. I. §. 95. S. 165. der VI. Aufl.

b) Wenn die Bedingung deficirt, so wird es nun so angesehen, als wenn gar kein Rechtsverhältniß eingegangen worden wäre, und wenn die Sache schon tradirt gewesen ist, so muß sie mit allen inzwischen vom Promissar gezogenen Früchten dem nun zur Vindication berechtigten Promittenten zurückgegeben werden; l. 37. D. 18. 1. — l. 8. pr. D. 18. 6. — l. 21. D. 46. 3. — l. 6. pr. D. 18. 2. l. 4. pr. §. 1. l. 5. D. 18. 3.

B. Bei der Resolutivbedingung erfolgt

a) wenn sie eintritt, die Rückerwerbung der Sache, und zwar nach der Meinung der meisten Rechtslehrer ein Rückfall ipso jure, so daß also die Sache auch gegen den dritten Besitzer vindicirt werden kann, nicht blos obligatio ad rem restituendam, s. die gründliche Ausführung gegen die Dissentienten in v. Vangerow's Pand. Bd. I. §. 96., Thibaut civ. Abh. S. 366.

b) Wenn sie deficirt, so ist die Folge einfach diese, daß nun die Ungewißheit des begründeten Rechtsverhältnisses aufhört.

[Die Regel, daß die Wirkung der erfüllten Bedingung auf den

---

wird sogar die Praxis dafür behauptet; vgl. Cocceji Jus controv. Lib. 18. tit. 2. qu. 2. Demungeachtet beruht der durch l. 11. §. 1. D. 20. 4. l. 8. pr. D. 18. 6. — l. 16. D. 46. 3. begründete Satz auf einer unabweislichen Consequenz, zumal da der Promissar auch das periculum deteriorationis der Zwischenzeit tragen muß; l. 8. pr. D. 18. 6., Glück Thl. IV. §. 337. d., v. Savigny System Bd. III. S. 152., Thibaut civilist. Abh. S. 364., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. §. 88. (138.), Mühlenbruch Doctr. Pand. II. §. 339., Sell über bedingte Traditionen S. 100. ꝛc., Sintenis Civilr. Bd. I. §. 20. S. 170. not. 39., Heimbach im Rechtslex. Bd. I. S. 770. Indessen, was in abstracto gilt, kann nach Beschaffenheit concreter Fälle durch die Regel: in conditionibus primum locum *voluntas* defuncti obtinet, eaque regit conditiones l. 19. pr. l. 101. pr. de cond. et demonstr. wohl eine Einschränkung erleiden. [Vergl. auch Windscheid, krit. Ueberschau Bd. V. S. 12.]

Anfang des Geschäfts (initium negotii, conventionis dies) zurückzuschieben sey, ist von Windscheid in einem Programm „die Wirkung der erfüllten Bedingung" Basel 1851., wozu Arch. f. civilist. Prax. Bd. 35. S. 51. ff. zu vergleichen ist, mit Ausnahme der erfüllten Resolutivbedingung angefochten worden, und Arndts Pand. §. 71. Anm. 3. bemerkt dazu, daß es allerdings nicht richtig sey, das Verhältniß nach Erfüllung in jeder Beziehung so anzusehen, als wenn es von Anfang an unbedingt gewesen wäre. Gegen Windscheid erklärt sich Fitting, Ueber den Begriff der Rückziehung. 1856. S. 31. ff., indem er jedoch in Betreff der suspensivbedingten Vermächtnisse eine eigentliche Rückziehung der erfüllten Bedingung verneint, und in d. Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. Bd. II. S. 259. behauptet, daß bei der in diem addictio und lex commissoria, wie überhaupt in allen Fällen dinglich wirkender Resolutivbedingung, keine Rückziehung (sondern nur das, was er „Vorwirkung" nennt) eintrete, wovon der Grund darin gelegen sey, daß die Römer in der conditio auch einen dies als wirkend annähmen, m. a. W. die conditio als dies incertus (nicht, wie man gewöhnlich meint, den dies incertus als conditio) betrachteten. Vergl. dazu Unger Oesterr. Privatr. Bd. II. S. 76.]

Zu 18) Dann fällt die Leistung weg, mithin die Hingabe bei der Suspensiv- und die Zurückgabe bei der Resolutivbedingung; l. 8. pr. D. 18. 6. — s. oben no. 8.

Zu 19) Die zusammengesetzten Bedingungen sind entweder conjunctim datae, und sind, gleichsam als eine einzige Bedingung geltend, vollständig zu erfüllen; l. 5. D. 28. 7. — l. 45. D. ib. Sell Versuche Thl. II. S. 71. oder disjunctivo modo adscriptae s. alternativae, bei welchen es genügt, wenn nur eine derselben erfüllt wird l. 110. §. 3. D. 50. 17. — l. 78. §. 1. D. 35. 1. Sollte die eine der gestellten Bedingungen eine unmögliche oder überhaupt eine solche seyn, welche der unmöglichen in der Wirkung gleich steht, so werden beide Bedingungen, wenn sie der Erbeinsetzung beigefügt sind, für nicht beigefügt erachtet und die Erbeinsetzung gilt als unbedingt; l. 8. §. 5. D. 28. 7., Heimbach a. a. O. S. 776.

---

§. 41.

bb) Modus, (Zweckbestimmung.)

1) Was wird unter modus im juristischen Sinne verstanden?
2) Kommt derselbe blos bei wohlthätigen oder auch bei onerosen Geschäften vor?

3) Wie unterscheidet sich der modus von conditio in der Wortfassung und im Wesen?
4) Wie unterscheidet er sich vom bloßen Wunsch oder Rath? —
5) Können auch Unterlassungen Gegenstand des modus seyn? —
6) Was versteht man unter dem modus mixtus, und was hat er für eine rechtliche Wirkung?
7) Was ist Rechtens, wenn der Promissar unverschuldet an der Erfüllung des modus verhindert wird?
8) Was ist Rechtens, wenn der modus eine physische oder moralische Unmöglichkeit enthält? —
9) Wenn es an einem Versprechen zweifelhaft ist, ob conditio oder modus beabsichtet sey, wofür streitet die Vermuthung?
10) Was ist Rechtens, wenn der modus nicht ganz, sondern nur theilweise rechtlich oder physisch unmöglich ist?
11) Worauf kann bei verweigerter Erfüllung des modus vom Geber — oder wenn derselbe zu Gunsten eines Dritten beigefügt ist — von diesem geklagt werden?
12) Ist das Cautionsbegehren wegen Erfüllung des modus in allen Fällen zulässig?

Zu 1) Eine von Seite des Gebers, durch irgend eine dem Empfänger mit Rücksicht auf das Gegebene auferlegte, nicht schon in den wesentlichen und natürlichen Eigenthümlichkeiten und Folgen des Geschäfts liegende Verpflichtung, beigefügte Beschränkung, oder causa in futurum collata. Dicitur modus a moderando, quod moderetur dispositionem seu promissionem. Müller ad Struv. Ex. 29. Th. V.

Zu 2) Manche behaupten bei beiden bezüglich l. 41. pr. D. 18. 1. — l. 58. §. 2. D. 19. 2. — s. Schilling Lehrb. f. Institut. Bd. II. S. 278. §. 83., allein nach dem eigenthümlichen Begriff, zum Unterschied von pacta adjecta, wofür schon die Contractsklagen dienen, kommt der modus nur bei Erbeinsetzungen, Legaten und Fideicommissen und Schenkungen vor; s. v. Savigny System Bd. III. S. 226. §. 128. —

Zu 3) In der Wortfassung unterscheidet sich der modus durch die Partikel cum, oder ut oder ne fiat von der conditio, welche mit der Partikel si bezeichnet zu werden pflegt. Im Wesen liegt folgender Unterschied: der modus verbindet zur Erfüllung, die conditio hingegen nicht; denn sie stellt die Erfüllung in das Ungewisse. Der modus schiebt die Erwerbung des Rechts nicht auf, dagegen jede conditio

etwas Aufschiebendes mit sich führt. Bei dem modus erscheint die aufgebende Handlung als Vergeltung für das Versprochene, bei der conditio aber liegt umgekehrt im Versprochenen die Vergeltung für das als noch ungewiß vorausgesetzte factum.

Zu 4) Der Unterschied liegt darin, daß der Wunsch oder Rath keine rechtliche Verpflichtung beabsichtet und bewirkt, und da eine Verpflichtung immer das Interesse von irgend Jemand voraussetzt, so pflegt man einen bloßen Rath oder Wunsch, oder eine blos in Beziehung auf den Empfänger beigefügte gute Meinung nur da anzunehmen, wo außer ihm niemand anders ein Interesse an dem bezeichneten Factum hat, da hier in diesem Fall auch kein Zwang, wie beim modus stattfindet; l. 13. §. 2. D. 24. 1. — l. 71. pr. D. 35. 1. — l. 2. §. 7. D. 39. 5. —

Zu 5) Nach der gewöhnlichen Meinung ist dies zu bejahen; v. Wening-Ingenheim Lehrb. d. Civilr. Bd. I. §. 90. (142.), Hofacker Princ. jur. civ. T. I. §. 197., Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. I. S. 29.

Zu 6) Diejenige Auflage, welche zugleich eine stillschweigende Bedingung in sich enthält, wie z. B. beim Versprechen eines Heirathsguts, da dieses voraussetzt, daß der Promissar heirathen werde, und ohne dieses nicht in der bestimmten Eigenschaft oder nach seiner Zweckbestimmung gegeben werden kann; l. 4. §. 2. D. 2. 14. l. 41. §. 1. D. 23. 3. — Glück Thl. IV. §. 336. S. 462. Der Begriff von modus mixtus ist aber auch vorzüglich dadurch entstanden, daß in den Gesetzen öfters der Ausdruck conditio für modus gebraucht wird; l. 71. §. 1. D. 35. 1. — l. 2. §. 7. D. 39. 5. — l. 44. D. 40. 4. Der modus mixtus wirkt daher immer als conditio. —

Zu 7) Man darf als Regel annehmen, quoties per eum, in quem collata est liberalitas, non stat, quo minus impleatur modus, utique pro eo est, quasi sit impletus, — s. Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. I. §. 111. cf. l. 92. §. 1. D. de leg. I. (30.), l. 17. pr. D. de leg. II. (31.), l. 8. C. 4. 6. — l. 1. C. 6. 45. — v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. §. 90. (§. 142.) u. Schilling Lehrb. f. Institt. Bd. II. §. 83., Schweppe röm. Privatr. Bd. I. §. 121. u. Bd. V. §. 799., v. Savigny System Bd. III. S. 231., Höpfner Instit. Comment. §. 577. in not.

Nicht sowohl von dem modus als vielmehr von der causa datorum scheint zu handeln die l. 2. §. 7. D. 39. 5., welche sagt: wenn ich zu einem gewissen Zweck gegeben habe, außerdem aber nicht gegeben haben würde, so kann ich das Gegebene, wenn zufällig der Zweck nicht erreicht

werden kann, z. B. wenn der Sclave Stichus, zu dessen Erkaufung ich dem Titius eine gewisse Summe gab, vor dem Kauf gestorben ist, zurückfordern. Habe ich aber überhaupt schenken wollen, und war der von Titius beabsichtigte Kauf des Stichus nur eine gelegenheitliche Veranlassung zur Schenkung, so wird das Gegebene dem Titius verbleiben.

Zu 8) Nach Glück Thl. IV. S. 464. §. 336. wäre diesfalls das Versprechen unwirksam. Die von ihm angeführten Gesetze l. 31. D. 44. 7. und §. 11. J. 3. 20. — sprechen aber nicht vom modus, sondern von der conditio physice vel moraliter impossibilis, daher die Meinung Anderer richtiger zu seyn scheint, welche einen solchen modus, der etwas Unsittliches oder Albernes oder Unmögliches enthält, pro non adjecto behandeln, mithin das Geschäft dessen ungeachtet aufrecht erhalten, l. 16. D. 33. 2. — l. 37. D. 35. 1. — l. 8. C. 4. 6., siehe auch l. 7. D. 38. 1. — l. 113. §. 5. de legat. I. (30.), v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. §. 90. (142.); Thibaut P. R. Bd. I. §. 102. (edit. noviss.), Sintenis Civilr. I. §. 21. S. 185. der II. Aufl.

Zu 9) Für die mindere Beschränkung, also für den modus. — Glück Thl. IV. S. 464. not. 99.; s. l. 9. D. de R. J. 50. 17.

Zu 10) Es wird dann der mögliche Theil aufrecht erhalten; l. 6. pr. l. 27. l. 37. D. 35. 1. — l. 16. D. 33. 2. —

Zu 11) Vom Dritten kann natürlich nur auf Erfüllung des modus geklagt werden, vom Geber aber alternativ auf Erfüllung des modus oder Rückgabe des Empfangenen; l. 2. C. 6. 45. — l. 8. C. 8. 55., Glück Thl. IV. §. 336. S. 466., Thibaut System d. P. R. §. 102. (Ed. 8.)

Zu 12) Bei Modalvermächtnissen unstreitig; l. 19. D. de leg. III. (32.) l. 40. §. fin. l. 80. D. 35. 1.; — bei Verträgen ist es zweifelhaft. Bejahend entscheidet wegen Gleichheit des Grundes, Dabelow S. 115., Glück a. a. O. S. 467., Höpfner Instit. Comm. §. 741. arg. l. 44. D. 40. 4., verneinend Thibaut System §. 100. Ed. noviss., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. S. 221. (§. 142.), weil es hier in der Macht der Contrahenten stand, sich im Vertrag selbst deshalb vorzusehen.

§. 42.

cc) Dies oder Zeitbestimmungen.*)

1) In welchem Sinn wird in den Gesetzen das Wort dies und der Ausdruck in diem, ex die, ad diem gebraucht?
2) Worin liegt der wesentliche Unterschied zwischen Bedingung und Zeitbestimmung, und in welchem Fall kann das, was wörtlich als Zeitbestimmung gefaßt ist, doch im Wesen Bedingung seyn? —
3) Welcher Zeitpunkt ist darunter zu verstehen, wenn derselbe auf die Todeszeit des Berechtigten oder Verpflichteten oder eines Dritten gestellt ist? —
4) Gilt auch eine solche Zeitbestimmung, welche über die mögliche Lebenszeit Desjenigen hinausgeht, welcher etwas empfangen soll? —
5) Wenn einer Erbeinsetzung eine Zeitbestimmung beigefügt ist, was ist die Folge? —
6) Was ist darunter zu verstehen, und woher kommen die Redensarten dies cedit, dies venit, dies statim cedit et venit?
7) Was für eine Wirkung hat die Beschränkung auf den Zeitpunkt eines Ereignisses, welches wohl einmal kommen muß, von dem man aber nicht weiß, wann es eintreten wird, und zwar:
   a) in Verträgen? —
   b) in Testamenten? —
8) Wenn die Zeitbestimmung schon in ihrem Beginn unmöglich ist, was ist die Folge einer solchen Verfügung?
9) Wenn der Endtermin als unmöglich vorauszusehen ist, was für eine Folge hat dann die an ihn geknüpfte Willenserklärung?
10) Was ist die Folge eines möglichen Endtermins?
11) Was gilt, wenn der Termin der Willkür einer Person überlassen ist?

*) Im Allgemeinen; — in speciellen Verhältnissen, z. B. bei der locatio operis, s. Bd. III. im Obligationenrecht Kap. V. des allgem. Theils lit. c; in Verträgen überhaupt ebend. Kap. IV. — in Testamenten Bd. II. Kap. III.; insonderheit bei Vermächtnissen Bd. II. Kap. X.

12) Können allen Rechtsgeschäften Termine beigesetzt werden?
13) Wann kann auf Erfüllung einer ohne Zeitbestimmung eingegangenen Verbindlichkeit geklagt werden?
14) Was ist die rechtliche Folge, wenn für ein Recht ein gewisser Anfangstermin gesetzt ist? —

Zu 1) Unter dies wird im Allgemeinen eine für die Wirksamkeit eines Rechtsverhältnisses gegebene Zeitbestimmung verstanden; und zwar in diem oder ex die, wenn die Leistung auf einen gewissen Tag ausgesetzt ist; l. 56. D. 12. 6. — l. 44. §. 1. D. 44. 7. — §. 2. J. 3. 15. — l. 46. pr. D. 45. 1. — oder ad diem, wenn die Verbindlichkeit nur eine gewisse Zeit lang dauern soll; l. 34. D. 28. 5. — l. 44. §. 1. D. 44. 7. In der letzteren Gesetzesstelle scheint der Ausdruck: vel ex die incipit obligatio aut confertur in diem synonym, und im Gegensatz mit dem folgenden ad diem autem, usque ad etc. zu stehen.

Zu 2) Die Bedingung hat immer etwas Ungewisses, die Zeit aber etwas Gewisses in sich. Etwas Ungewisses hat nur die an eine mögliche, aber nicht mit Gewißheit vorherzusehende künftige Begebenheit sich knüpfende, mithin relative Zeitbestimmung, wodurch der dies incertus an et quando im Gegensatz zum dies certus entsteht; z. B. wenn Jemandem etwas am Tag seiner Volljährigkeit zu leisten versprochen wird; denn darin liegt die Bedingung versteckt: wenn er wirklich dieses Alter erreichen werde, daher heißt es von einem solchen Legat in l. 22. pr. D. 36. 2.: non solum diem sed et conditionem hoc legatum in se continet; vergl. l. 62. pr. D. 28. 5. — l. 51. D. de leg. II. (31.) — l. 21. pr. D. 36. 2. — l. 56. D. 12. 6. — l. 36. §. 1. D. 35. 1. — l. 49. §. 2. 3. D. de leg. I. (30.) — l. 8. C. 7. 2. Doch können Grundsätze der Interpretation — besonders bei letztwilligen Verfügungen — bewirken, daß eine nur durch die Beziehung auf ein Ereigniß ungewisse Zeitbestimmung als unbedingt gilt, wenn diese Nebenbestimmung lediglich aus Vorsorge für den Berechtigten, zu seinem Vortheil, und nicht zur Beschränkung seiner Rechte gegeben war; l. 46. D. 36. 1. — l. 5. C. 6. 53. — l. 18. §. 2. D. 34. 1. — v. Savigny System Bd. III. S. 209. Vergl. auch Fitting im Arch. f. civilist. Prax. Bd. 39. S. 332.

Zu 3) Der letzte Augenblick des Lebens, oder die Zeit unmittelbar vor dem Tod; l. 18. §. 1. l. 61. D. 40. 4. — l. 107. §. 1. D. de leg. I. (30.)

Zu 4) Ja; l. 46. pr. D. 45. 1. — l. 21. pr. D. 36. 2. Eine Ausnahme hiervon macht das Legat, wodurch einem Sclaven, wenn er sterben würde, die Freiheit ertheilt wird; denn ein solches Legat, welches sich nicht auf die Erben transmittiren läßt, wäre so viel als keines; l. 4. §. 1. D. 40. 7. — l. 17. pr. l. 61. pr. D. 40. 4. — l. 107. §. 1. D. de leg. I. (30.)

Zu 5) Sie wird als nicht geschrieben angesehen, und das Erbrecht vom Tod an geltend; l. 34. D. 28. 5. — §. 9. J. 2. 14. —

Zu 6) Da die Beschränkung des Rechts durch einen dies certus (Kalendertag) den Sinn hat, daß das Recht sogleich erworben und nur dessen Ausübung auf den künftigen Zeitpunkt verschoben wird, so ist z. B. bei einem Legat dieser Art der Moment des Todes des Erblassers der Zeitpunkt der Erwerbung, d. i. dies cedit, der in die Zukunft gerückte Zeitpunkt aber der des wirklichen Genusses, d. i. dies venit, l. 213. pr. D. 50. 16. — l. 5. pr. D. 36. 2. — Fällt beides in der Zeit zusammen, so sagt man dies statim cedit et venit, gleichwie bei allen denjenigen Verbindlichkeiten, für welche kein Termin gesetzt ist; l. 14. D. 50. 17.

Zu 7) Bei Verträgen gilt sie eben so gut, wie der Kalendertag für einen gewissen Anfangstermin, l. 10. l. 16. l. 17. D. 12. 6., in Testamenten wirkt sie aber als Bedingung, und wird daher so verstanden: wenn der also eingesetzte Erbe oder Legatar den Eintritt des Ereignisses erleben wird; l. 9. C. 6. 24. — er kann also — stirbt er früher — nichts transmittiren.*) — Dies incertus an vel quando wirkt also in letztwilligen Verfügungen allemal als Bedingung, l. 4. pr. l. 21. pr. l. 22. pr. D. 36. 2. — l. 79. §. 1. D. 35. 1. [dazu Seuffert's Archiv Bd. XIII. No. 125.] — sowie im Gegensatz der dies certus immer unbedingte Wirksamkeit kraft seines nothwendigen Eintritts hat. Hiervon geben Beispiele l. 79. pr. D. 35. 1. u. l. 4. §. 1. D. 36. 2., wo ausgesprochen ist, daß Derjenige, dem etwas auf den Fall seines eigenen Todes vermacht ist (welcher ja gewiß kommen muß), ohne Anstand auf seine Erben transmittirt. Es ist übrigens schon zur Fr. 2. bemerkt worden, daß dabei auch viel auf Interpretation ankomme. Insbesondere entsteht bei Legaten und Fideicommissen, welche an einen ungewissen Zeitpunkt geknüpft sind, häufig die Frage, ob sie dem Honorirten schon mit dem Todesfall des Testators oder

*) Ein anderes ist es freilich, wenn der Legatar den Zeitpunkt nothwendig erleben muß, wie bei dem Legat: cum ipse morietur; l. 79. pr. D. 35. 1. — l. 4. §. 1. D. 36. 2.

erst mit dem Eintritt des bestimmten Zeitpunkts erworben sind. In der Regel wird das Erstere angenommen; l. 46. D. 36. 1. — l. 5. C. 6. 53. — l. 18. §. 2. D. 34. 1. Das Recht wird im Interesse des Honorirten als sogleich begründet und nur die Ausübung als hinausgeschoben erachtet. Sintenis Civilr. Bd. I. §. 21. S. 179. not. 14. Z. B. in dem gegenseitigen Testament zweier Eheleute war von der Frau, die zuerst verstarb, einer Seitenverwandten ein Legat ausgesetzt, welches jedoch erst bei der Wiederverehelichung oder nach dem Tode des zum Erben eingesetzten Ehemannes der Testatrix ausbezahlt werden sollte. Der Ehemann schritt nicht zur zweiten Ehe, aber die Legatarin überlebte zwar die Testatrix, aber nicht deren Ehemann, und nun forderten gleichwohl die Erben der Legatarin das derselben bestimmt gewesene Vermächtniß. Das k. bayerische O.-A.-G. erkannte gegen die Meinung, daß ein solches Legat als bedingt anzusehen, mithin, wenn die Bedingung nicht eintritt, hinwegfalle, l. 1. 2. l. 75. l. 79. §. 1. D. 35. 1. — l. 12. §. 1. de legat. II. (31.) l. 4. pr. §. 13. D. 36. 2., zu Gunsten der Erben der Legatarin, indem nach l. 46. D. 36. 1. und l. 3. u. 5. C. 6. 53. sich eine Ausnahme rechtfertige, wenn aus den Umständen hervorgeht, daß dadurch die eigentliche Absicht der Testirerin erreicht wird. Es wurde nämlich angenommen, diese sey blos dahin gegangen, ihrem Mann den Genuß der Summe, welche sie der Legatarin vergönnte, während seines Wittwerstandes oder auch während seiner noch übrigen Lebenstage zu erhalten, aber nicht den Seitenverwandten des Mannes einen Vorzug vor der Honorirten einzuräumen. Diese Absicht ergebe sich insbesondere noch daraus, daß auch in dem Fall, wenn der Wittwer wieder heirathen würde, die Auszahlung des Legats eintreten sollte; denn indem sie hierdurch die Substanz der Summe seinen einstigen Kindern entzog, wollte sie gewiß dessen Seitenverwandte um nichts besser halten; s. Seuffert's Archiv Bd. I. S. 275. — Dagegen wurde folgendes Legat als bedingt erkannt: Ein Testator verordnet: „dem F. legire ich 2000 Thlr., doch soll er sie nicht eher haben, bis er geheirathet und wenigstens ein Kind erzeugt, bis dahin mein eingesetzter Erbe die Zinsen beziehen, und auf den Erfolg Kapital und Zinsen ausliefern soll." — F. heirathete zwar, starb aber, ohne ein Kind erzeugt zu haben. Dieses Legat wurde von Rechts wegen für ein bedingtes erkannt; s. v. Ende jurist. Ausführungen no. XIV.

Zu 8) Das Rechtsverhältniß kann dann gar nicht zur Entstehung kommen; l. 5. D. 7. 1. — l. 5. D. 32. 2. —

Zu 9) Solche Beschränkung ist wirkungslos und das Rechtsver-

hältniß bleibt von dieser Seite unbeschränkt; v. Savigny System Bd. III. S. 236.

Zu 10) Durch den Eintritt des Endtermins wird ebenso, wie durch eine Resolutivbedingung, die Wirksamkeit des Geschäfts und des dadurch begründeten Rechts wieder aufgehoben; l. 56. §. 4. D. 45. 1. —

Zu 11) Dann tritt er wenigstens mit dem Todestage dieser Person ein; l. 4. D. 19. 2. — l. 11. §. 6. D. de leg. III. (32.)

Zu 12) In der Regel allen solchen, wo nicht die Gesetze besondere Ausnahmen statuiren, wie bei der Erbeinsetzung; s. l. 88. D. 28. 5. — l. 3. §. 2. D. 28. 2. — l. 44. §. 1. D. 44. 7. So können auch Prädialservituten nicht durch Bedingung oder Zeit beendigt werden, weil ihre Natur auf immerwährende Dauer berechnet ist, doch schützt pacti vel doli exceptio gegen diese Strenge; l. 4. pr. D. 8. 1. — l. 56. §. 4. D. 45. 1.

Zu 13) Hier gilt die Regel: quibus dies non ponitur, praesenti die debetur, oder quod sine die debetur, statim debetur; l. 14. D. 50. 17. — §. 2. J. 3. 16. — l. 21. pr. D. 36. 2. — l. 41. pr. D. 45. 1. — Dies gilt auch von Zurückforderung eines ohne Bestimmung der Zeit der Zurückzahlung gegebenen Darlehns; s. Glück Thl. XII. S. 94. §. 784. Doch muß dann vom Richter die Zahlungsfrist nach dem gewöhnlichen Zeitraum, welchen man zur Aufbringung von Kapitalien statuirt, billig ermessen werden; l. 105. D. 46. 3., Bucher Recht der Forderungen S. 219. §. 108. not. g.

Zu 14) Der Anfangstermin schiebt blos die Klage oder den Gebrauch des Rechts, nicht das Recht selbst und dessen Erwerb auf; §. 2. J. 3. 15. — l. 46. D. 45. 1. — l. 213. D. de V. S. vid. Donell. ad leg. 41. §. 1. D. 3. 15.

---

§. 43.

e) Zeitverhältnisse.*)

1) Wie unterscheidet sich der natürliche und der bürgerliche Tag? und wie unterscheidet sich insbesondere die Natural- und Civilcomputation bei Berechnung des s. g. Zeittags oder nach v. Savigny's richtigerer Bezeichnung (s. System rc. Bd.

*) Arndts zur Lehre von der Zeitberechnung in Linde's Zeitschr. Bd. XIV. S. 1. und Elvers Themis, neue Folge Bd. I. S. 127.

IV. §. 181.) des **beweglichen Tags?***) Wir verstehen nämlich darunter den gewöhnlichen Fall, daß eine unter dem Einfluß der Zeit stehende juristische Thatsache nicht gerade mit dem Anbruch des Kalendertags coincidirt, sondern im Lauf des Tags eintritt, woraus dann die zu dem Unterschied zwischen Natural- und Civilcomputation führende Frage entsteht, ob a momento in momentum oder wie sonst gerechnet werde?

2) Wenn es in den Gesetzen bei der Civilcomputation heißt: totum postremum diem computamus, was ist hier unter dem postremus oder novissimus dies zu verstehen? s. l. 1. D. 40. 1. l. 6. D. 41. 3. — l. 15. pr. D. 44. 3. — l. 6. D. 44. 7. — l. 132. pr. D. 50. 16. —

3) Wenn der bewegliche Tag oder dessen mathematischer Anfang und Ende auf den bürgerlichen Tag (von Mitternacht zu Mitternacht) reducirt wird, so ist dies nur auf zweierlei Weise möglich, entweder so, daß man von der dem Moment oder dem mathematischen Anfangspunkt vorangegangenen oder der ihr nachfolgenden Mitternacht zu zählen anfängt, wornach dann der juristische Endpunkt auch wiederum entweder auf die dem mathematischen Endpunkt vorangehende oder nachfolgende Mitternacht fällt. Es fragt sich daher: in welchen Fällen rechnet die Civilcomputation von der dem mathematischen Moment vorausgehenden, und in welchen Fällen von der ihm nachfolgenden Mitternacht an?

4) Für welchen Fall haben die Gesetze ausdrücklich die Naturalcomputation vorgeschrieben?

5) Da die Gesetze nur einzelne Fälle darbieten, in welchen sie die Computationsart bestimmt haben, so fragt es sich, wie es in den unbestimmt gelassenen Fällen zu halten sey? Ist insbesondere die Civilcomputation blos auf das tempus continuum anwendbar?

6) Welche Computationsart ist bei den durch Verträge gegebenen Zeitbestimmungen zu beobachten?

7) Wenn eine gewisse Zeit nur überhaupt nach Monaten bestimmt ist, wie viel Tage werden auf den Monat gerechnet? — Wie wird insonderheit bei Wechseln (z. B. 2—3 Monate a dato zahlbar) der Monat gerechnet? —

*) [S. dagegen **Sintenis** Civilr. Bd. I. §. 26. Anm. 7.]

8) Wird der in einem Schaltjahr vorkommende Schalttag (24.*) Februar) bei Berechnung der Fristen besonders gezählt, und zwar wenn derselbe in den Lauf der Frist fällt, insbesondere
   a) bei gesetzlich bestimmten Zeiträumen?
   b) bei richterlichen Fristenbestimmungen?
   c) bei vertragsmäßigen Fristen?
9) Wie wird es gehalten, wenn der Schalttag mit den Grenzpunkten eines Zeitraums in Berührung kommt?
10) Was versteht man unter der Bestimmung in Jahr und Tagen, — welche in Eheverträgen öfters vorkommt?
11) Worin besteht der Unterschied zwischen tempus continuum und tempus utile? —
12) Für welche Handlungen ist in den Gesetzen das tempus utile gestattet? für welche nicht? —
13) Wie müssen die dem tempus utile oder die der modificirten Zeitrechnung zum Grund liegenden Hindernisse beschaffen seyn? —
14) Was ist unter der Distinction der Rechtslehrer zwischen tempus plene continuum — plene utile — utile ratione initii, continuum ratione cursus, continuum ratione initii, utile ratione cursus zu verstehen?
15) Wenn in den Gesetzen weder tempus continuum noch utile vorgeschrieben ist, hat man in solchen Fällen diese oder jene Berechnungsart anzunehmen?
16) Was ist unter der unvordenklichen Zeit zu verstehen, und in welchen Fällen findet sie Anwendung?
17) Worin besteht ihre rechtliche Wirkung?
18) Wie muß die unvordenkliche Zeit bewiesen werden? Sind

*) [Ueber die Kalenderstellung des Römischen Schalttags herrscht gegenwärtig Streit. Th. Mommsen hatte in seiner Röm. Chronologie S. 242. ff. ausgeführt, daß der Schalttag des Julianischen Kalenders nicht, wie man insgemein annimmt, der 24., sondern der 25. Februar (nach unsrer Zählung der Monatstage) sei; ihm stimmte Becker in seinem Jahrbuch, Bd. III. S. 137 ff. bei, während Arndts ibid. S. 286. ff. sich dagegen der Vertheidigung unsres Kalenders, welcher noch jetzt den 24. Februar als den Schaltttag bezeichnet, unterzogen und daran erinnert hat, daß auch der Kirchenkalender seit undenklicher Zeit denselben Tag als den Schalttag bezeichne und ganz entsprechend der Bestimmung des dies natalis in l. 98. pr. D. 50. 16. das Fest des heil. Matthias auf den 25. Februar verlege. — Gegen Arndts ist wieder Th. Mommsen für seine neue Ansicht in die Schranken getreten, s. Jahrbuch Bd. III. S. 358 ff.]

alle Beweismittel schlechthin oder theilweise oder gar nicht zulässig?

19) Worauf muß der Gegenbeweis gerichtet seyn? —

Zu 1) Der natürliche Tag wird gewöhnlich von Sonnenaufgang bis Sonnenuntergang verstanden, l. 3. §. 1. D. de V. S. 50. 16., oder auch von der zur vollständigen Umdrehung der Erde um ihre Achse erforderlichen Zeit. Der bürgerliche Tag aber läuft von Mitternacht zu Mitternacht, l. 8. D. 2. 12. Wenn es in den Gesetzen sexta hora heißt, so erklärt sich dieses daraus, daß die Römer 12 Stunden auf den Tag und 12 Stunden auf die Nacht rechneten, und die 12 Tags=, sowie die 12 Nachtstunden wieder in 4 Theile, je zu 3 Stunden abtheilten. Die erste Hälfte der 12 Tagsstunden begann um 6 Uhr Morgens, und so war Mittagszeit die hora sexta diei. Die erste Hälfte der 12 Nachtstunden, um 6 Uhr Abends beginnend, endigte um Mitternacht, hora sexta noctis war also die Stunde von 11—12 Uhr Nachts und die 7. Stunde war die erste Tagesstunde. So sagt Gellius III. 2. diem civilem a sexta noctis hora (sc. completa) oriri, Glück Thl. III. §. 269. c.

Bei dem beweglichen Tag rechnet die Civilcomputation gleichfalls von Mitternacht zu Mitternacht, wonach die zwischenliegenden kleineren Zeittheile unberücksichtigt bleiben, mithin Einem oder dem Andern zum Gewinn oder Verlust an der mathematischen Zeit gereichen müssen. — Die Naturalcomputation hingegen muß von einem Moment zum andern rechnen. Die gesetzliche Terminologie spricht die Naturalcomputation also aus: ut a momento in momentum tempus spectetur, l. 3. §. 3. D. 4. 4. — und im Gegensatz die Civilcomputation: non a momento ad momentum sed totum postremum diem computamus, l. 6. D. 41. 3. — annum civiliter, non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus, l. 134. D. 50. 16. — Bei dieser Berechnung ad dies, oder der Civilcomputation, macht es nun wieder einen Unterschied, ob der letzte Tag, in welchen der Schlußpunkt hineinfällt, nur angefangen oder vollendet seyn muß; an dies ultimus coeptus habeatur pro completo, oder an novissimus totus dies compleri debeat. —

Zu 2) Der postremus dies ist demnach derjenige, in welchen der mathematische Endpunkt hineinfällt, welcher also nur noch theilweise dem vorgeschriebenen Zeitraum angehört, indem er theils vor theils hinter dem mathematischen Endpunkt liegt; v. Savigny System Bd. IV. S. 359. Bei dem durch Ordinalzahlen bestimmten Tag, z. B. sexa-

gesimo, centesimo die, wird gewöhnlich der Anfangstag nicht mitgezählt; l. 101. D. 56. 17. — l. 1. §. 9. D. 38. 9. — l. 30. §. 1. D. 48. 5. — Eine Ausnahme, wo der erste Tag mitgezählt ist, s. l. 134. D. 50. 16.

Zu 3) *) Es kommt hierbei darauf an, ob es sich um Erwerbung eines Rechts durch Ablauf einer gewissen Zeit, oder um den Verlust eines Rechts in Folge der eine gewisse Zeit hindurch beobachteten Unthätigkeit handle.

Im ersten Fall muß die dem mathematischen Endpunkt vorhergehende Mitternacht als juristischer Endpunkt angenommen werden. Da nämlich die Civilcomputation nicht ad momenta temporum, sondern ad dies geht, so folgt, daß schon am Anfang des postremus dies, in dessen Lauf der mathematische Endpunkt fällt, das Recht erworben ist, also schon mit dem Eintritt der ihm vorangehenden Mitternacht. Der vorgeschriebene Zeitraum braucht nämlich nicht überschritten, sondern nur erfüllt zu seyn; dies ist er aber, wenn der mathematische Endpunkt, welcher zur Erwerbung nöthig ist, auf den juridischen reducirt wird, schon mit der vorausgehenden Mitternacht, oder dem Anfang des bürgerlichen Tags. Der Erwerber ist nämlich befugt, in jedem Moment des ganzen Kalendertags den Erwerb als vollendet anzusehen, quia non ad momenta temporum sed ad dies numeramus; l. 134. D. 50. 17. — l. 15. pr. D. 44. 3. Wer z. B. in der 6. Tagsstunde eines 1. Jänners zu besitzen anfängt, vollendet in der 6. Nachtstunde des 31. Decembers die Usucapion. Dies ist nicht nur bei der Usucapion bestimmt ausgesprochen, l. 15. pr. D. 44. 3. — l. 6. l. 7. D. 41. 3., sondern auch bei Erlangung der Manumissionsfähigkeit, l. 1. D. 40. 1. — bei dem Erwerb der Civität per anniculum, wenn ein

*) Wir folgen hierbei der quellenmäßigen scharfsinnigen Entwickelung in v. Savigny's System Bd. IV. §. 181. x. Nach der bisher gewöhnlichen Darstellung bestände die Civilcomputation darin, daß der letzte Zeittheil nur erreicht zu seyn braucht, um auch schon für vollendet erachtet zu werden. Dies coeptus pro completo habetur, s. Glück Thl. III. S. 511. Dabei bleibt es, weil die Gesetze in Einem Fall die Naturalcomputation, in mehreren Fällen die Civilcomputation ausdrücklich vorgeschrieben, eine allgemeine Regel für die eine oder die andere Art der Computation aber nicht gegeben haben, völlig zweifelhaft, wie in den in den Gesetzen nicht speciell bestimmten Fällen gerechnet werden soll. Glück a. a. O. S. 519. verweist auf die durch Interpretation zu ermittelnde wahrscheinliche Absicht des Gesetzes oder der Privatbestimmung, und im Zweifel auf die Naturalcomputation; s. dagegen v. Savigny a. a. O., dessen Princip oben erörtert worden ist. [Vergl. dazu v. Vangerow Bd. I. §. 196. und Sintenis Civilr. Bd. I. §. 26. II.]

Latinus eine römische Bürgerin geheirathet hatte, l. 132. l. 134. D. 50. 16., und bei Erlangung des zur Testamentsfähigkeit erforderlichen Alters; l. 5. D. 28. 1. Zuweilen scheint es auch ein besonderer favor juris, warum das letzte Jahr nur angefangen zu seyn braucht, um dasselbe als erfüllt zu betrachten; z. B. bei Bewerbung um öffentliche Ehrenstellen, welche durch ein 25jähriges Alter bedingt sind; l. 8. D. 50. 4. Blos auf Interpretation des vorgelegenen letzten Willens beruht l. 74. §. 1. D. 36. 1. — In der Regel wird aber, wenn ein Fideicommiß von der Bedingung abhängig gemacht ist: wenn der Fideicommissar ein gewisses Alter erreicht haben wird, nicht das blos angefangene, sondern das vollendete Jahr verstanden; l. 49. pr. et §. 1. D. de leg. (30.) — l. 48. D. 35. 1. — l. 5. C. 6. 53.

Anders zeigt sich die Wirkung der Civilcomputation, wenn durch Unthätigkeit ein Recht verloren werden soll. Hier muß der juridische Endpunkt nothwendig auf die dem mathematischen nachfolgende Mitternacht fallen, weil der Klagberechtigte wegen der Untheilbarkeit des Kalendertages in jedem Moment desselben behaupten kann, daß er noch zu rechter Zeit klage. In diesem Sinn scheint auch die l. 101. D. 50. 17. verstanden werden zu müssen; s. v. Savigny a. a. O. §. 185., welcher den Widerspruch dieses Gesetzes mit der l. 30. §. 1. D. 48. 5. dadurch zu lösen sucht, daß Paulus in Einem Fall den Anfangstag mitgezählt habe, im andern nicht. Dies gilt demnach von der Klagverjährung, l. 6. D. 44. 7. und zwar von allen actionibus temporalibus nach der Wortfassung: in omnibus temporalibus actionibus, nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligationem; s. v. Savigny a. a. O. S. 390., obwohl Andere dieses Gesetz nur von Verjährung der persönlichen Klagen verstanden wissen wollen, also nicht auch von der longi temporis praescriptio gegen die Eigenthumsklage, s. Donelli Comm. V. 19. §. 5. u. 6., Unterholzner Verjährungslehre Bd. I. §. 90. Eben dies gilt auch bei der bonorum possessio l. 1. §. 9. D. 38. 9. —

Zu 4) Für die Zeit der zu erlangenden Volljährigkeit und der Restitutionsfähigkeit wegen Minderjährigkeit l. 3. §. 3. D. 4. 4. — überhaupt für die Endigung der Curatel und Tutel pr. J. 1. 22. — l. ult. C. 5. 60. — so auch für die Zeit der Pubertät, wenn von Schließung einer rechtmäßigen Ehe die Frage ist, l. 4. D. 23. 2. — Nov. 100. c. 2. pr. oder wenn es sich um Erlöschung der Pupillarsubstitution handelt, §. 9. J. 2. 16.*)

*) Glück Thl. III. S. 510 rechnet hierher auch die extinctive Klagenverjährung; allein die von ihm allegirte l. 6. D. de O. et A. (44. 7.) sagt mit

Zu 5) Hierüber sind die Meinungen verschieden. Wenn Glück a. a. O. S. 520., desgleichen Löhr im civilist. Archiv Bd. XI. S. 424., Schilling Lehrb. f. Instit. Bd. II. S. 323. für die Naturalcomputation präsumiren wollen; so steht entgegen, daß gerade für diese sich nur die sub no. 4. bemerkten Fälle in den Gesetzen bestimmt finden, und der ganze Zweck der Civilcomputation ist, die mit zu viel Schwierigkeiten verbundene und darum unsichere Naturalcomputation oder mathematische Zeitberechnung unnöthig zu machen, s. v. Savigny a. a. O. §. 188. — Schweppe im röm. Privatr. Thl. I. §. 57. d. Die von Rücker in Diss. de civili et naturali temporis computatione in jure etc. (1749.) Cap. 5. §. 9. aufgestellte Regel: die Civilcomputation sey anzuwenden, wenn dadurch die Lage Desjenigen, welchem eine gewisse Zeit vorgeschrieben ist, verbessert, die natürliche aber, wenn durch die bürgerliche Zeitrechnung der Zustand desselben verschlimmert würde, scheint dem oben zu 3. aufgestellten Princip sich anzunähern, welches wohl als das sicherste anzunehmen seyn dürfte. Der Grundsatz: wer durch Zeitablauf ein Recht erwirbt, kann dieses schon vom Anfang des letzten Kalendertags an in Anspruch nehmen, fände demnach ferner (s. oben zu Frage 3) Anwendung:

1) bei der Fähigkeit zur Ehe (nach v. Savigny a. a. O. S. 411. not. d. A. M. ist Glück a. a. O. S. 410.);
2) bei dem Ablauf des Trauerjahrs;
3) bei der Rückforderung der in baarem Geld und ähnlichen Vermögensstücken bestehenden dos, welche nach altem Recht annua, bima, trima die geschehen durfte, Ulpian VI. §. 8.;
4) bei der Befugniß zu postuliren, welche die Zurücklegung des 17. Jahres erforderte, l. 1. §. 3. D. 3. 1. — sonach den Anbruch des Geburtstags ohne Rücksicht auf die Stunde der Geburt.

Eine Ausnahme ist zu machen, wenn das Gesetz den Erwerb des Rechts an die Ueberschreitung eines Zeitraums geknüpft hat, z. B. bei Befreiung von öffentlichen Aemtern.

Die zweite Regel, daß Derjenige, welcher ein Recht durch Unthätigkeit nach Ablauf einer bestimmten Zeit verlieren soll, noch am ganzen letzten Kalendertag handeln kann, fände ferner (s. oben zu Fr. 3) Anwendung

---

keinem Wort, daß hier a momento ad momentum gerechnet werden, sondern nur — wie auch oben angenommen wurde, — daß der Tag abgelaufen seyn müsse.

1) bei dem quadriennio restitutionis;
2) bei der 50tägigen Frist zur Excusation von der Vormundschaft;
3) bei der 30tägigen resp. 90tägigen Frist zum Beginn resp. zur Vollendung des Erbschaftsinventars;
4) bei Proceßfristen, mit Ausnahme der Appellationsfrist, Nov. 23. c. 1. — vorausgesetzt jedoch, daß die Tagszeit der Urtheilspublication bemerkt worden ist. Außerdem wird nämlich nicht schon vom Tag der Fristertheilung, sondern erst mit dem folgenden Tag zu zählen angefangen; Boehmer J. Eccl. Pr. Lib. II. Tit. XIV. §. 5. Es ist aber im Erfolg ganz einerlei, ob man sagt: eine Frist werde gleich von dem Zeitpunkt an gerechnet, an welchem sie angesetzt wurde, jedoch so, daß der ganze letzte Kalendertag freistehe, oder ob man es so ausdrückt: die Zählung der vorgeschriebenen Tage solle erst von dem folgenden Kalendertag anheben, v. Savigny a. a. O. §. 188.

In Ansehung der Frage: ob die Civilcomputation blos auf das tempus continuum anwendbar sey, sind die Meinungen verschieden; bejahend Löhr im Archiv für die civilistische Praxis Bd. XI. S. 411. — verneinend v. Savigny System Bd. IV. S. 442. — und zugleich überzeugend von der Wahrheit, daß beide anomalische Rechnungsarten sich gar nicht berühren, sondern neben einander stehen. Denn daß bei dem utile tempus die Tage der Verhinderung ausfallen, ist ohne Einfluß auf die Civil- oder Naturalcomputation. Man muß nämlich am Ende doch auf einen letzten Tag kommen, an welchem keine Verhinderung stattfand, und der daher von der Modification des utile tempus nicht berührt wird; denn wenn die Verhinderung an dem Tag eintritt, den man für den letzten halten möchte, so ist er eben wegen der Verhinderung nicht in Rechnung zu ziehen, und folglich auch nicht der letzte, sondern der nächste unverhinderte ist es, und bei diesem tritt dann eben auch wieder die Frage nach dem juristischen Endpunkt ein, auf welchen sich die Civilcomputation bezieht. —

Zu 6) Nach Glück Thl. III. S. 520. die natürliche, indessen bei den Dunkelheiten in dieser Materie scheint es der Wahrheit näher zu kommen, wenn man nach der Analogie der durch das Gesetz oder den Richter bestimmten Termine verfährt, mithin nicht vom Tag der gegebenen Zeitbestimmung, sondern erst mit dem folgenden Tag zu zählen anfängt, falls die Zeit nach Tagen bestimmt ist, oder wenn es heißt: in Jahresfrist, die Zeit mit dem Ende des nämlichen Tags des folgenden Jahrs als abgelaufen annimmt.

Zu 7) Dann werden nach römischem Recht 30 Tage auf einen Monat gerechnet; l. 101. D. 50. 17. — l. 28. l. 31. §. 22. l. 38. pr. D. 21. 1. — Nov. 115. c. 2. — l. 11. §. 6. l. 29. §. 5. D. 48. 5. — l. 1. §. 10. D. 48. 16. — l. 22. §. 2. C. 6. 30. — Glück Thl. III. S. 527., Schrader civil. Abhandl. no. 3. S. 193. Die römische Berechnungsart ist h. z. T. noch geltend für die Berechnung der

2 Monate bei dem Verkauf einer Emphyteuse l. 3. C. 4. 66.

2 Monate für den Beweis einer Schuld, die gegen den Fiscus als Compensation gelten soll; l. 46. §. 4. D. 49. 14.

3 Monate bei der exceptio non num. dotis. Nov. 100.

4 Monate, wenn ein Miteigenthümer das zerstörte Haus nicht aufbauen will; l. 52. §. 10. D. 17. 2.

4 Monate bei den Urtheilszinsen; l. 2. 3. C. 7. 54.

6 Monate als Verjährung der redhibitorischen Klage; l. 19. §. 6. l. 38. pr. D. 21. 1.

10 Monate als längster Zeitraum legitimer Geburt eines Kindes nach aufgelöster Ehe; l. 3. §. 11. D. 38. 16.

Allein es gibt andere Fälle, in welchen ein Einfluß nicht aus dem römischen Recht hervorgeht, z. B. Proceßfristen, Verträge ꝛc. wo dann die Bestimmungen dieser oder der neueren Landesgesetze maßgebend sind. Das Conc. d. K.-G.-O. Thl. II. Tit. 33. §. 3. rechnet den Monat in dem dort angeführten Fall auch zu 30 Tage, d. R.-A. v. J. 1548. §. 53. aber zu 4 Wochen.

Bei Wechseln wird nach den meisten Wechselordnungen nicht auf die ungleiche Zahl der Monatstage gesehen, sondern der Verfalltag fällt auf dieselbe Zahl, wie der Anfangstag. Wenn also der Wechsel am 17. Jänner auf einen Monat a dato zahlbar gestellt ist, so verfällt er erst am 17. Februar, obgleich dieses schon der 31. Tag ist, s. die in Scherers Handb. des Wechselr. Thl. II. S. 262. ꝛc. angeführten vielen Wechselordnungen, insbesondere auch das preußische Landrecht Thl. II. Tit. VIII. §. 855. [ebenso die A. D. W.-O. v. 1848. Art. 32.]

Der Code de Commerce Art. 132., wo nach vorausgehender Bestimmung des Uso die Monatsrechnung also bestimmt ist: les mois sont tels, qu'ils sont fixés par le calendrier grégorien, ist wohl auf gleiche Weise nach den vorigen Ordonnances sur le Commerce des négocians etc. Tit. V. Art. V. wo es hieß: les usances pour le payement des lettres seront de trente jours, encore que le mois ayant plus ou moins de jours, mithin also zu verstehen, daß der monatliche Wechsel nicht gerade 30 Tage (wie der Uso) laufen soll, sondern bald länger,

bald kürzer, je nachdem der Kalendermonat der Ausstellung mehr oder weniger Tage zählt.

Zu 8) Voran steht überhaupt die, in ihrer heutigen Anwendbarkeit zwar von Manchen, z. B. Westphal System des R. R. ꝛc. S. 469., bezweifelte, daher von Glück Thl. III. S. 526. aus dem Grund, weil wir den Schalttag als einen besondern Tag führen, mithin die alte Regel nicht mehr anwendbar scheine, nur aus Billigkeit, wo es sich de damno vitando handelt, empfohlene, v. Savigny aber im System Bd. IV. S. 475. als vollgiltig nachgewiesene Regel, daß der Schalttag nicht besonders in Rechnung komme; biduum pro uno die habetur, l. 98. pr. D. 50. 16. — l. 2. D. 44. 3. —

Dies muß also nothwendig gelten:

a) bei allen gesetzlich bestimmten Zeiträumen, und ist ausdrücklich vorgeschrieben in l. 3. §. 3. D. 4. 4. bei Berechnung der Minderjährigkeit, ferner in l. 2. D. 44. 3. für die gesetzliche Frist des Urtheilsvollzugs (tempus constitutum judicatis), für das in der L. Julia für die legitima judicia vorgeschriebene tempus quo lis perit, desgleichen für die Usucapion und Klagenverjährung. Alle diese Fristen werden also durch den Schalttag verlängert;

b) bei richterlichen Fristenbestimmungen nach einer Anzahl von Tagen ist es zweifelhaft; v. Savigny System ꝛc. Bd. IV. S. 470. macht auch hier die eben vorgetragene gesetzliche Norm geltend, weil der Richter eine andere als sie nicht anzunehmen Macht habe. Dagegen ist Glück Thl. III. S. 526.; indessen will dieser Rechtsgelehrte, dessen Meinung die in den Gerichten gebräuchliche zu seyn scheint, billige Rücksicht beobachtet wissen, wenn durch die Mitzählung des Schalttags Demjenigen, welchem eine gewisse Zeit vorgeschrieben ist, eine Wohlthat entzogen würde, von welcher die Erhaltung seines Rechts abhängt.

Darüber, daß bei der Wochenrechnung — ohne Rücksicht auf den Schalttag — nur der wiederkehrende gleichnamige Wochentag verstanden werde, waltet wohl kein Zweifel ob, und bei Monatsfristen scheint die Entscheidung dadurch gegeben, daß (s. oben no. 6.) der Monat ohne Unterschied immer zu 30 Tagen gerechnet wird, er mag nun kürzer oder länger dauern.

c) Bei vertragsmäßigen in einer Zahl von Tagen bestimmten Fristen entscheidet die Gewohnheit und der muthmaßliche Wille der Contrahenten dafür, daß der im Lauf derselben ein=

fallende Schalttag mitgezählt wird, was auch bei dem pacto commissorio in l 2. D. 44. 3. ausdrücklich bestimmt, und ex ratione legis bei allen Verträgen anzunehmen ist, in welchen die Zeitbestimmung nach Tagen gegeben ist, s. Glück a. a. O. Haben die Contrahenten hingegen den Zeitraum in Jahren ausgedrückt, so dachten sie wohl nur an den wiederkehrenden Kalendertag eines folgenden Jahres, so daß dann der Zeitraum von selbst durch den einfallenden Schalttag verlängert wird, eben so, wenn sie auf Monate contrahirten (s. zu 7.), welches stets von der in einem künftigen Monat wiederkehrenden gleichen Zahl eines Tages zu verstehen ist.

Zu 9) Fällt der Anfang des Zeitraums auf den 24. Februar eines Gemeinjahrs, das Ende aber in ein Schaltjahr, so liegt der Endpunkt in dem 25. Februar; fällt der Anfang des Zeitraums auf den 25. Februar eines Schaltjahrs und das Ende fällt

a) in ein Gemeinjahr, so liegt der Endpunkt im 24. Februar, oder
b) wieder in ein Schaltjahr, so liegt der Endpunkt im 25. Februar; s. v. Savigny a. a. O. Bd. IV. S. 472.

Zu 10) Die Meinungen sind hierüber verschieden. Mittels Anwendung des L. II. F. 24. pr. 40. pr. 52. §. ult. u. 55. §. 2. im Zusammenhang mit I. F. 22. pr. wollen Mehrere den Zeitraum von einem Jahr und 1 Monat annehmen; s. Gmelin und Elsässer gemeinnützige Beobachtungen und Rechtsfälle Bd. I. no. 2. S. 24. ꝛc. Wernher select. Obs. T. II. P. VIII. Obs. 393. — Andere bezweifeln die Anwendbarkeit des Longobardischen Textes auf den deutschen Sprachgebrauch und verstehen unter „Jahr und Tag" den Zeitraum von 1 Jahr und 1 Tag, „unter Jahr und Tagen" den Ablauf von wenigstens 2 Tagen über das Jahr; s. Glück a. a. O. S. 530. ꝛc. Für die ursprünglich deutsche erlöschende Verjährung hatte der Ausdruck „Jahr und Tag" die Bedeutung von 1 Jahr, 6 Wochen und 3 Tagen; s. Eichhorn deutsch. Privatr. §. 176., Mittermaier deutsch. Privatr. §. 146. (135.) und §. 163. (146.) Auch wird bei vertragsmäßigen Zeitbestimmungen der Satz: daß der angefangene Tag für vollendet zu achten sey, nicht als anwendbar erkannt; s. Göß Beitr. zur populären Rechtsgelehrsamkeit Bd. II. S. 344.

Zu 11) Das utile tempus ist diejenige Zeitrechnung, durch welche in Rücksicht eingetretener unüberwindlicher Hindernisse der bestimmte Zeitraum von Rechtswegen — mithin ohne daß es einer Restitution bedarf — um so viele Zeittheile (und zwar immer ganze Tage)

erweitert wird, als durch das Hinderniß verloren gegangen sind. Tempus continuum ist im Gegentheil die ununterbrochene, mithin ohne Rücksicht auf Hindernisse durchgeführte Zählung der Zeittheile; s. l. 2. D. 38. 15. — Dies utiles §. 16. J. 1. 25., Menses l. 19. §. 6. D. 21. 1. — l. 8. C. 2. 21. — biennium *continuum*. l. 8. C. eod., Quadriennium l. 7. C. 2. 53., Quinquennium l. 29. §. 5. l. 31. D. 48. 5. —

Zu 12) Die bonorum possessio und die Verjährung der nur Ein Jahr oder kürzere Zeit dauernden Klagen sind die einzigen h. z. T. noch brauchbaren Fälle des tempus utile. — Solche Handlungen, welche nicht vor einer obrigkeitlichen Person vorzunehmen sind, sind überhaupt ausgeschlossen, daher bei der Deliberationsfrist oder vielmehr dem daraus entstehenden Transmissionsrecht l. 19. C. 6. 30., bei den Inventursfristen l. 22. C. 6. 30. und der 30tägigen Frist, binnen welcher eine geschiedene Frau dem Mann ihre Schwangerschaft anzuzeigen hat, tempus continuum gilt, l. 1. §. 9. D. 25. 3., desgleichen bei dem Trauerjahr der Wittwe und der Acquisitivverjährung. Aber auch was die gerichtlichen Handlungen betrifft, kann nicht gesagt werden, daß das utile tempus bei allen, sondern nur bei den vorangeführten gerichtlichen Handlungen gelte. Es gilt z. B. nicht bei richterlich angeordneten oder auch Conventionalfristen. Bei jenen werden bekanntlich auch die Gerichtsferien in die vorgeschriebene Zeit eingerechnet; l. 3. C. 3. 11. — l. 2. C. 7. 63. —

Bei den längeren Verjährungszeiten findet man kein tempus utile in den Gesetzen, daher es hier auch nicht statuirt wird; s. v. Savigny System Bd. IV. S. 427.; bei der 30- und 40jährigen ist ausdrücklich tempus continuum bestimmt, l. 1. l. 3. C. 7. 39.; dagegen findet man das tempus utile bei den einjährigen und kürzeren Verjährungsfristen immer, z. B. beim Int. uti possidetis l. 1. pr. D. 43. 17. — cf. l. 1. D. 44. 3. — dem int. unde vi l. 1. pr. D. 43. 16., der Injurienklage l. 14. §. 2. D. 14. 2.,*) und bei den ädilitischen Klagen, l. 19. §. 6. D. 21. 1.

Zu 13) Die Hindernisse können von dreierlei Art seyn, entweder, daß der Kläger nicht im Stande war, zu handeln, oder der Beklagte experiundi secum potestatem verhinderte, indem er sich verborgen hielt oder entfloh, oder sonst abwesend und unvertreten war, oder daß der Richter nicht zugänglich war; l. 1. l. 4. D. 44. 3. — l. 2. §. 1. D.

*) [S. dagegen Unterholzner Verjährungslehre Bd. II. §. 282. S. 360. der II. Aufl.]

38. 15. — l. 1. §. 1. l. 21—26. l. 28. §. 4. D. 4. 6. — l. 1 §. 7. 8. 9. D. 49. 4.

Als Hindernisse in der Person des Unthätigen — (versteht sich vorübergehende, denn stabilen, wie Unmündigkeit, Wahnsinn ꝛc. ist durch andere Schutzanstalten fürgesorgt) sind in l. 1. D. 44. 3. cf. l. 11. §. 5. D. 48. 5. — aufgestellt: Kriegsgefangenschaft, Abwesenheit in Staatsgeschäften, Einsperrung im Gefängniß, Sturm und Ungewitter, und Krankheit, und zwar durchaus mit der Qualification: ut neque experiri neque mandare posset.

Nach der Autorität der meisten Rechtslehrer kann auch durch Unwissenheit das utile tempus hervorgerufen werden. Bei der bonorum possessio ist dies auch unstreitig; l. 2. pr. D. 38. 15., bei der Klagenverjährung aber ist in der l. 1. D. 44. 3., zur Beantwortung der Frage: quid sit, experiundi potestatem habere, nur auf äußere Hindernisse hingewiesen, daher man richtiger mit v. Savigny a. a. O. Bd. IV. S. 434. ꝛc. annehmen wird, daß die Frage über Einfluß der Unwissenheit und des Irrthums auf facto omissiva vel commissiva eine ganz für sich bestehende und mit dem Unterschied zwischen tempus continuum nicht zu vermengen sey, zumal es auch Fälle des tempus continuum gibt, wo gleichwohl die Unwissenheit den Lauf des vorgeschriebenen Zeitraums hindert, z. B. bei den Fristen zur Excusation von der Vormundschaft, §. 16. J. 1. 25. — l. 13. §. 9. D. 27. 1. — l. 6. C. 5. 62., der Deliberations- und Inventursfrist l. 19. l. 22. C. 6. 30.

Zu 14) Nach dieser Distinction fielen diejenigen Fälle in die erste Kategorie, bei welchen durchaus kein Hinderniß Einfluß auf die Zeitberechnung hat, in die zweite Kategorie diejenigen, in welchen Hindernisse allemal beachtet werden, in die dritte diejenigen, wo die Zeit erst von meiner Kenntniß der Thatsache, welche mich zum Handeln auffordern muß, zu laufen anfängt, endlich in die letzte Kategorie diejenigen, wo lediglich die im Lauf der unbedingt anfangenden Zeit eintretenden Hindernisse Einfluß auf die Berechnung haben, s. Glück Thl. III. §. 269. a., Höpfner Instit. Commentar §. 548. Diese Distinction ist aber, wie v. Savigny a. a. O. §. 181. S. 447. ꝛc. lehrt, ganz werthlos, wenn man nichts andres als Hindernisse, die von außen kommen, bei dem Unterschied zwischen utile und continuum tempus in Betracht zieht; denn bei diesen ist es ganz gleich, ob sie sich am Anfang oder im Lauf des bestimmten Zeitraums ereignen. Werden sie berücksichtigt, so ist es immer tempus utile, sie mögen eintreten, wann sie wollen, schließt aber das Gesetz in seiner Zeitbestim-

mung solche Rücksichten überhaupt aus, so ist es immer tempus continuum. Es gibt daher nichts Halbes. Der Einfluß der Unwissenheit aber beruht auf eigenen Regeln, diese mag nun am Anfang oder im Lauf der Zeit meine Thätigkeit lähmen.

Wenn die Urheber der erwähnten Distinction das tempus utile ratione initii als eine Modification des tempus continuum aus dem Grund erklären, weil die Gesetze mir zuweilen eine Frist nicht vor erlangter Kenntniß beginnen lassen, wie z. B. die Deliberationsfrist nicht vor erlangter Kenntniß, daß die Erbschaft mir eröffnet sey, oder die Appellationsfrist nicht vor Bekanntmachung des Urtheils — so möchte man dagegen sagen, daß juristisch von einem initio früher gar nicht gesprochen werden könne.

Wenn sie ferner es als eine Modification des tempus utile ansehen, daß in manchen Fällen der Anfang des Zeitlaufs nicht gehemmt werde, wenn gleich im Zeitlauf Hindernisse eintreten, z. B. daß bei den ädilitischen Klagen die Dauer desselben nicht erst von der Zeit der Entdeckung eines Fehlers, sondern von der Zeit des Verkaufs an gerechnet wird, so kann darin auch keine Besonderheit gefunden werden, weil es eine allgemeine Eigenschaft des tempus utile ist, daß von dem tempus continuum nur diejenigen Zeiträume abgerechnet werden, in welchen man verhindert war, und ein Hinderniß nicht eher wirken kann, als es existirt. — Hiernach scheint auch die Frage überflüssig, ob, wenn die Gesetze das tempus utile für gewisse Fälle vorgeschrieben haben, plene utile anzunehmen sey, welche gewöhnlich bejahet wird, quia lege non distinguente nec nostrum est distinguere, Glück a. a. O. §. 269. a. S. 507.

Zu 15) Die prätorischen Klagen ausgenommen, muß es beim tempus continuum bleiben, s. Glück a. a. O. S. 506.

Zu 16) Die Gesetze bezeichnen sie mit den Ausdrücken: quod memoriam excedit, cujus memoria non exstat, c. 26. X. de V. S. 5. 40.; wenn seit Menschengedenken Niemand einen entgegengesetzten Zustand kennt, und auch von Andern nicht erfahren hat.

Zu 17) Die rechtliche Wirkung ist diese, daß ein solcher Zustand als rechtlich begründet angenommen werden muß, demnach weder nach dem Titel noch nach dem guten Glauben Desjenigen, welcher einen unvordenklichen Besitz für sich hat, weiter gefragt werden darf c. 1. de praescript. in VIo. (2. 13.); dieses gilt nicht allein rücksichtlich der Rechte der Bürger gegen einander, sondern auch gegen den Staat und Regenten, soweit ein rechtlicher Erwerb überhaupt möglich und nach den Gesetzen nicht ausgeschlossen ist; s. v. Wening-Ingen-

heim Lehrb. Bd. I. §. 114. S. 274., Pfeiffer prakt. Ausführung Thl. II. no. 1. §. 21—25. Nach v. Savigny System Bd. IV. §. 195. ꝛc.*), soll nur in solchen privatrechtlichen Verhältnissen die unvordenkliche Zeit Anwendung finden, welche aus einer publicistischen Einwirkung auf das Privatrecht herrühren, dagegen in rein privatrechtlichen Verhältnissen die praescriptio definita eintrete. Jene gälte demnach nur als Surrogat der Ersitzung bei solchen Rechten, auf welche, nach ihrer publicistischen Natur und Entstehungsart, die Ersitzung selbst nicht anwendbar ist, nach R. R. namentlich bei Gemeindewegen, l. 3. pr. D. 43. 7., Schutzanstalten gegen das Regenwasser l. 1. §. 23. l. 2. pr. l. 2. §. 8. D. 39. 3. — l. 28. D. 22. 3., Wasserleitungen l. 3. §. 4. D. 43. 20. — l. 26. D. 39. 3. — Eichhorn im deutsch. Privatr. §. 163. vindicirt insbesondere den deutschrechtlichen Reallasten die unvordenkliche Zeit als giltigen Entstehungsgrund.

Zu 18) Es muß bewiesen werden, daß das behauptete Recht, als solches, über Menschengedenken von dem Asserenten und dessen Vorgängern im Besitz ausgeübt worden sey, und zwar in Ansehung der lebenden Generation positiv, in Ansehung der vorigen aber nur, daß das Gegentheil nicht in Erfahrung gebracht worden ist, l. 28. D. 22. 3., welche jedoch blos auf die actio aquae pluviae geht, s. Pfeiffer a. a. O. S. 75. und v. Savigny a. a. O. S. 535., ingleichen l. 2. §. 8. D. 39. 3.; s. auch Seuffert und Glück Blätter für Rechtsanwendung Bd. III. S. 63. Bd. V. S. 256. Der Beweis kann geführt werden

a) durch Zeugen, welche nach der gemeinen Meinung 54 Jahre alt seyn müssen, mithin von der Zeit ihrer Pubertät an 40 Jahre zählen können.

Andere erfordern nur ein Alter von 50 Jahren; s. v. Savigny System Bd. IV. S. 522., wieder Andere lassen überhaupt bejahrte Zeugen zu, welche sich auf 40 Jahre wohl zurückerinnern können, s. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Thl. I. S. 276. Die Praxis der sächsischen Gerichte fordert 31 Jahre 6 Monate 3 Tage; s. Kind obs. for. T. III. C. 62.

Man muß auch jüngere Zeugen zur Constatirung des Zustandes der spätern Zeit zulassen, wenn nicht alle Zeugen über den ganzen Zeitraum, sondern nur über einzelne Theile desselben aussagen können; Pfeiffer prakt. Ausführung. Bd. II.

*) Welcher jedoch, wie im folgenden Band II. Kap. II. bei der Lehre vom unvordenklichen Besitz bemerkt werden wird, die herrschende Lehre gegen sich hat.

no. 1. §. 13. — zwei Zeugen genügen, wenn beide über den ganzen Zeitraum deponiren können, nämlich, daß der gegenwärtige Zustand seit einem Menschenalter stets vorhanden gewesen, und daß sie auch von ihren Vorfahren nicht eine entgegengesetzte Wahrnehmung derselben gehört haben; s. v. Savigny a. a. O. S. 522., Pfeiffer a. a. O. S. 47. ꝛc.

b) Die Zulässigkeit von Urkunden zum Beweis unvordenklicher Verjährung ist bestritten, s. Stryck de jure sensuum C. 3. no. 22. Boehmer jus controvers. Obs. 10. — doch eigentlich nur insofern, als es ihrer Natur nach nicht wohl möglich scheint, durch sie die Aufgabe dieses Beweises zu lösen.

Als unmöglich läßt sie sich jedoch nicht erklären; s. v. Wening-Ingenheim a. a. O. Bd. I. S. 276. — Thibaut System des P. R. §. 84. — Struben rechtliche Bedenken Bd. IV. no. 1.; nur einzig und allein durch Urkunden wird wohl der Beweis selten hergestellt werden können, doch wird z. B. sorgfältig geführten Heberegistern, wenn sie auf ein doppeltes Menschenalter oder auf 80 Jahre (nach Andern auf 44 Jahre, s. Pfeiffer a. a. O. S. 57.) zurückgehen, die Beweiskraft beigelegt, s. v. Savigny a. a. O. Bd. IV. S. 524., Struben a. a. O., Pfeiffer prakt. Ausführungen a. a. O. §. 14., Thibaut System d. P. R. §. 1035. (ed. noviss.) Noch häufiger sind Urkunden zur Ergänzung des Zeugenbeweises für einzelne Theile des Zeitraums dienlich, welche jener etwa nicht erschöpft hat. Insbesondere können Possessorienurtheile für den früheren und meist auch nachfolgend fortgesetzten Besitz entscheidend seyn, auch können die denselben zum Grund liegenden Zeugenaussagen, je nach ihrem Inhalt, für den vorhergegangenen Zeitraum noch jetzt benutzt werden; s. v. Savigny a. a. O., Pfeiffer a. a. O.

c) Auch die Zulässigkeit des Ergänzungseides ist nicht mit Grund zu bezweifeln, sowohl bei halbem Beweis, als für einzelne durch den Zeugenbeweis nicht berührte Stücke; s. v. Savigny a. a. O., Thibaut a. a. O., Pufendorf obs. II. 55. —

Die Eideszuschiebung darüber, daß der Gegner die ununterbrochene Fortdauer des gegenwärtigen Zustandes seit Menschengedenken und darüber weder wisse, noch glaube, ist eben so wenig zu beanstanden; s. v. Wening-Ingenheim a. a. O. S. 276., Thibaut a. a. O., Unterholzner Verjährungslehre §. 150., Pfeiffer a. a. O. §. 15., nur hat der Deferent dabei viel zu wagen.

Zu 19) Entweder auf eine bestimmte Anfangszeit — oder auf eine während zweier Menschenalter eingetretene Entsetzung aus dem Besitze oder auf den auf irgend eine Art während zweier Menschenalter (denn weiter ist nicht zurückzugehen, s. l. 3. pr. D. 43. 7. — Leyser Spec. 480. Med. 2.) eingetretenen entgegengesetzten Zustand, oder darauf, daß die Thatsache nicht als Recht in Anspruch genommen worden sey, s. v. Wening-Ingenheim a. a. O., v. Savigny a. a. O. Bloße Störungen des Besitzes können nicht, wie Manche glauben, releviren, wenn sich dadurch der Verjährende von der Ausübung des Rechts nicht abhalten läßt; Pfeiffer a. a. O. S. 25. v. Savigny a. a. O. Eben so wenig ausgebrachte Vorladungen, oder eingelegte Protestationen; denn entweder ist der Proceß liegen geblieben, so stört er den Fortgang der unvordenklichen Zeit nicht Einmal, oder er ist noch im Gange, so wird durch dessen Anfang nur der Zeitpunkt bestimmt, von welchem an die zwei Menschenalter zurückzurechnen sind, s. Thibaut a. a. O., Pfeiffer a. a. O. S. 24., v. Savigny a. a. O. §. 200.

Die Nichtausübung des behaupteten Rechts während eines Theils der zur Unvordenklichkeit erforderlichen Zeit kann nur dann dem Gegenbeweisführer von Nutzen seyn, wenn Gelegenheit zur Ausübung vorhanden war; denn war diese nicht gegeben, so muß die Periode, während welcher ein Hinderniß stattfand, an der unvordenklichen Verjährungszeit abgerechnet werden, und es schadet dem Verjährenden ein solcher Stillstand nicht, wenn nur die Zeit, während welcher die Ausübung geschah, nach Abzug des Intervalls noch von hinreichender Dauer ist; Pfeiffer a. a. O. S. 22. ꝛc.

---

§. 44.

f) Auslegung der Rechtsgeschäfte.*)

1) Was entscheidet bei einseitigen Willenserklärungen, wenn sie eines verschiedenen Sinnes fähig sind? Insbesondere auch bei Klagen?

2) Ist bei zweiseitigen Geschäften, wenn es an einer authentischen Erklärung mangelt, welche bei Verträgen immer eine gemeinschaftliche — entweder vorausgehende oder nachfolgende

*) Hier können nur allgemeine Grundsätze in Betracht kommen, alles Specielle ist in die einzelnen Materien von Auslegung der Verträge, Servituten, Testamente ꝛc. zu verweisen.

— seyn muß, im Fall zweifelhaften Sinnes mehr auf den Wortverstand oder auf die wahrscheinliche Absicht der Contrahenten zu sehen?

3) Was ist bei Ausmittelung des Wortverstandes vorzüglich zu beobachten?

4) Wonach wird die Absicht — wenn nichts Besonderes erhellet — auf Seite des Handelnden zu beurtheilen seyn?

5) Was für eine Regel geben die Gesetze, wenn blos über die Größe der Schuld oder Verbindlichkeit Zweifel obwaltet?

6) Was ist die Folge, wenn sich durch Interpretation kein passender Sinn ausmitteln läßt?

Zu 1) Schlechthin die Absicht der Redenden: quilibet verborum suorum est optimus interpres, l. 96. D. 50. 17. — l. 21. §. 1. D. 28. 1. Auch bei Klagen ist in Ansehung ihres Gegenstandes vorzugsweise die Erklärung des Klägers zu berücksichtigen, l. 83. §. 1. D. de V. O. 45. 1. — l. 66. D. 5. 1. — l. 172. §. 1. D. 50. 17., Schilling Lehrbuch f. Instit. Bd. II. §. 85.

Zu 2) Der gewöhnliche Wortverstand hat immer den Vorzug, wenn nicht mit Gewißheit erhellt, daß der Sinn und die Absicht der Contrahenten auf etwas Anderes gerichtet war; l. 25. §. 1. l. 69. pr. D. de legat. III. (32.) l. 219. D. de V. S. 50. 16. — l. 3. C. 6. 28.

Zu 3) Bei Auslegung der Rechtsgeschäfte, insbesondere der Verträge ist zu unterscheiden:

a) Undeutlichkeit des Ausdrucks. Darüber geben die Gesetze die Regel, daß die Auslegung stets zum Nachtheil des Stipulators bei einer Stipulation, l. 26. D. 34. 5. — l. 38. §. 18. l. 99. pr. D. 45. 1., z. B. zum Nachtheil des Verkäufers oder Vermiethers, l. 39. D. 2. 14. — l. 21. l. 33. D. 18. 1. — l. 172. pr. D. 50. 17. geschehen müsse.

b) Verschiedenheit des Sprachgebrauchs, indem gewisse Ausdrücke an verschiedenen Orten eine verschiedene Bedeutung haben. Hier kann jene Regel, welche eine eigene Schuld und Nachlässigkeit des Redenden voraussetzt, nicht anwendbar sey, der örtliche Sprachgebrauch wird aber oft den Gedanken der Person erkennen lassen. Aber welches Ortes Sprachgebrauch soll bei einem nicht gerade am gemeinschaftlichen Wohnsitz beider Theile errichteten Vertrag gelten? Bei einem durch Briefwechsel geschlossenen

Vertrag der Sprachgebrauch des Ortes, wo der Redende seinen Willen erklärt hat; s. Bd. III. Kap. V. §. 2. f. Auslegg. der Verträge, oder nach v. Savigny System Bd. VIII. S. 265. des Ortes, an welchem der Verfasser des ersten Schreibens wohnt.

Ist der Vertrag an einem Ort geschlossen, welcher für eine der Parteien oder für beide nicht der eigene Wohnsitz ist, so wird häufig der Sprachgebrauch des Erfüllungsorts zum Grund zu legen seyn, indem die Parteien doch wohl an die dort üblichen Geldsorten, Maaße und Gewichte gedacht haben mußten. Die l. 34. D. 50. 17. entscheidet: id sequamur, quod in regione, in qua actum est, frequentatur; v. Savigny a. a. O. S. 266. glaubt, daß dabei vorausgesetzt sey, daß die verhandelnden Personen daselbst einheimisch seyen, außerdem es der Erwägung im einzelnen Fall unterliege, ob der Fremde, der an dem Vertrag Theil nahm, diesen örtlichen Sprachgebrauch kannte, und sich ihn wahrscheinlich aneignen wollte.

Zu 4) Das Hauptprincip ist hier: interpretatio facienda est secundum naturam negotii, l. 3. D. 12. 1. — l. 11. §. 1. u. 2. D. 19. 1. — l. 72. pr. D. 18. 1.; — auch Umstände und Verhältnisse können auf die Absicht schließen lassen; v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. §. 94. (148.) insbesondere sind erweisliche Ortsgewohnheiten zu berücksichtigen; l. 18. §. 3. D. 33. 7. — l. 34. D. de R. J. 50. 17. — l. 7. §. 2. D. 33. 10. Damit hängt es natürlich zusammen, daß Derjenige, welcher vom Gewöhnlichen Abweichendes beabsichtete, sich gefallen lassen muß, daß der undeutliche Ausdruck ihm nicht hilft; nam interpretatio facienda est contra eum, qui clarius loqui potuisset ac debuisset, l. 172. pr. D. 50. 17. — Z. B. l. 3. §. ult. D. 33. 10. — l. 33. D. 34. 2. — l. 22. D. 34. 1. — l. 14. D. 33. 1. — l. 75. D. de legat. III. (32.), Mackeldey Lehrb. I. §. 179. Diese Regel gereicht auch Demjenigen zum Nachtheil, welcher nach der Natur des Verhältnisses die Bedingungen zu stellen pflegt; Schilling Lehrb. f. Instit. rc. Bd. II. §. 85. Vergl. l. 99. pr. D. 45. 1. — Quidquid adstringendae obligationis est, nisi palam verbis exprimitur, omissum intelligendum est; ac fere secundum promissorem interpretamur, quia stipulatori liberum fuit, verba late concipere. Die Rede muß übrigens im ganzen Zusammenhang aufgefaßt und kein Wort darf als überflüssig behandelt werden; l. 23. D. 8. 2. — l. 31. D. 21. 2. — l. 26. §. 2. D 23. 4. — l. 134. §. 1. D. 45. 1. — [Einzelne Fälle vergl. in Seuffert's Archiv. B. XIV. No. 30. 45. 90. 222. 260.]

Zu 5) Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt, l. 56. D. 50. 17. In dubio id, quod minimum est, sequimur, l. 34. D. 50. 17. — l. 52. D. 19. 2. — l. 1. §. 4. D. 45. 1. — Semper in obscuris, quod minimum est, sequimur, l. 9. D. 50. 17. Dieses Princip scheint jedoch häufig in Zusammenhang mit den Gründen der obigen Interpretationsregel contra eum, qui clarius etc. gesetzt werden zu müssen; daher sagt v. Wening-Ingenheim im Lehrb. Bd. I. S. 228. §. 94. (148.) „es läßt sich keineswegs als Regel annehmen, daß jener Sinn vorzuziehen sey, welcher dem Verlierenden am wenigsten nachtheilig, vielmehr muß man diesen Grundsatz im Allgemeinen auf einseitige Willenserklärungen und bei zweiseitigen Geschäften auf den Fall beschränken, wo man darüber ungewiß ist, wer bei dem Geschäft den Antrag machte;" l. 61. l. 66. D. 5. 1. — l. 83. §. 1. D. 45. 1. — Ist es keinem Zweifel unterworfen, wer den Antrag beim Geschäfte machte (was in der Regel bei dem Verkäufer und Vermiether der Fall ist), so ist gegen diesen die Regel anzuwenden, quod clarius loqui debuisset. Thibaut System d. P. R. §. 55. (8. Ausg.)

Zu 6) Dann ist das Geschäft ungiltig; l. 10. pr. l. 27. D. 34. 5. — l. 73. §. 3. l. 188. pr. D. 50. 17., doch muß die Unmöglichkeit eines zu ermittelnden passenden Sinnes offenbar seyn; denn jedes Rechtsgeschäft ist durch Interpretation so viel als möglich aufrecht zu erhalten; l. 80. D. 45. 1. — l. 12. D. 34. 5. —

---

§. 45.

g) Folgen der Ungiltigkeit eines Rechtsgeschäfts. Convalescenz, conversio actus juridici, Aufhebung eines Rechtsgeschäfts.

1) Was ist für ein Unterschied zwischen Nullität und Rescission eines Geschäfts?
2) Wird ein Geschäft dadurch ungiltig, daß nachher Umstände eintreten, unter welchen dessen Eingehung nicht stattgefunden hätte?
3) Wird ein ursprünglich ungiltiges Geschäft dadurch giltig, daß in der Folge die Gründe der Ungiltigkeit wegfallen, oder inwiefern kann es convalesciren?
4) Wenn das errichtete Rechtsgeschäft irgend eines Mangels

wegen unwirksam ist,*) so kann es der Fall seyn, daß dasselbe äußerlich alle Erfordernisse eines andern an sich trägt und als dieses andere Rechtsgeschäft wohl bestehen könnte. Was wird nun vorausgesetzt, um es als dieses andere Rechtsgeschäft aufrecht zu erhalten? (Conversio actus juridici).

5) Ist die Regel, daß die Aufhebung eines Rechtsgeschäfts gleiche Form haben müsse, wie die Eingehung, allgemein anzunehmen?

Zu 1) Die Ansichten hierüber sind sehr verschieden, und selbst in den Gesetzen sind diese Ausdrücke promiscue gebraucht; l. 61. pr. D. 23. 3. — l. 64. §. 1. D. 35. 1. — Mühlenbruch Doctr. Pand. I. §. 114. not. 1. lehrt: nulla negotia proprie dicuntur, quae jam ab initio nullius momenti sunt, rescissa vero, quae, cum per se quidem valeant, ex causa tamen infirmantur. Eine andere Distinction kann von daher genommen werden, daß Rechtsgeschäfte, welche einem gesetzlichen Verbot zuwiderlaufen, absolut nichtig sind, andere, welchen es an wesentlichen Erfordernissen in Ansehung der innern oder äußern Form, welche die Gesetze für die Sicherheit des Rechts und zum Besten der Contrahenten vorgeschrieben haben, fehlt, zwar eben so nichtig sind, aber doch dabei erst der Wille eines oder des andern Theils, von dem gesetzlichen Recht zu seinem Vortheil Gebrauch zu machen, oder die wirkliche Anfechtung hinzukommen muß, l. 29. C. 2. 3. — Mehreres hierüber s. Schilling Lehrb. f. Instit. ꝛc. Bd. II. §. 84., Francke civilist. Abh. S. 63., Büchel civilrechtl. Erörterung Heft I. S. 25., v. Savigny System IV. § 202., Sintenis Civilr. Bd. I. §. 24. — Ueber absolute und relative Nichtigkeit, s. Brandis in Linde's Zeitschr. Bd. VII. S. 121., Puchta Pand. §. 57. not. d.

Zu 2) Dies ist im Allgemeinen nicht zu behaupten, und da die Gesetze bald bejahend, §. 2. J. 3. 19. — l. 3. in f. D. 34. 8. — l. 98. pr. D. 45. 1. — bald verneinend, l. 85. §. 1. D. 50. 17. — l. 6. §. 1. l. 18. pr. l. 20. §. 4. D. 28. 1. — l. 140. §. 2. D.

---

*) Daß es nicht schade, wenn nur eine falsche Benennung gebraucht ist, vielmehr blos der Inhalt maaßgebend sey, ist nicht zu bezweifeln, s. v. Savigny System Bd. III. S. 262. no. 2. u. S. 305. Bd. IV. S. 102. Eigentlich gehört auch der Fall nicht hierher, wenn es von vornherein zweifelhaft ist, was für ein Rechtsgeschäft überhaupt beabsichtigt gewesen, s. Römer im civilist. Archiv Bd. XXXVI. S. 67.

45. 1. — §. 14. J. 2. 20. darüber entscheiden, und die Meinungen der Rechtsgelehrten eben so getheilt sind, wie z. B. Thibaut System §. 115. Ed. 8. die Frage in der Regel verneint, Schilling Lehrb. f. Instit. Bd. II. §. 84. in der Regel bejaht, so kann nur nach der Analogie der betreffenden Fälle und der eigenthümlichen Natur jedes Rechtsverhältnisses die Entscheidung geschöpft werden. Daß bei jedem Rechtsgeschäft auf die Zeit der Entstehung gesehen werden müsse, l. 8. pr. D. 17. 1. — l. 78. pr. D. 45. 1. scheint der verneinenden Beantwortung mit zur Stütze zu dienen, so wie überhaupt clausula rebus sic stantibus da, wo ohne Vorbehalt gehandelt worden, nicht beachtet wird.

Zu 3) Quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convalescere nequit, l. 29. l. 210. D. 50. 17. — l. 1. D. 34. 7. — §. 1. in f. J. 2. 12. Es muß daher in der Regel zu dem Hinwegfallen des Hindernisses noch ein neuer Willensact hinzukommen, welcher aber auch ein stillschweigender seyn kann, wenn für das Geschäft keine Form vorgeschrieben ist; Schweppe R. Pr. R. Bd. I. §. 105. Dieser wirkt aber nur vom Eintritt des Erfordernisses, oder vom Wegfallen des Hindernisses an, folglich nicht rückwärts; l. 4. §. 6. D. 1. 16. — l. 11. D. 1. 5. — l. 65. §. 1. D. 23. 2. — wenn das vorige Geschäft so nichtig war, daß es nicht einmal als eingegangen angesehen werden kann (z. B. wenn es dem Urheber am erforderlichen Alter fehlt, oder die gesetzliche Form nicht beobachtet war, oder wenn, wie bei Testamenten, die Regel gilt, daß schon bei der Errichtung alles Erforderliche beisammen seyn muß), außerdem aber als eigentliche Ratihabition auch rückwärts, l. 25. C. 5. 16. — l. 7. pr. C. 4. 28. Ueberhaupt setzen die Gesetze hier häufig die Billigkeit an die Stelle, und ein favor causae specialis bewirkt hier und da eine Ausnahme von der strengen Regel, nach welcher das spätere Hinwegfallen der Gründe nicht von selbst die Ungiltigkeit des Geschäfts zu heilen vermöchte; l. 10. D. 27. 9. — l. 6. D. 5. 4. — l. 42. D. 41. 3. — l. 22. D. 20. 1. — l. 5. C. 8. 16. — l. 4. l. 27. l. 65. §. 1. D. 23. 2. — l. 1. §. 1. u. 5. D. de leg. III. Als Beispiel gilt die Convalescenz einer Schenkung unter Ehegatten, im Fall der Schenker, ohne seinen Willen zu ändern, vor dem Beschenkten stirbt; s. Puchta im Rhein. Museum Bd. VI. S. 370. — Löhr im civilist. Archiv Bd. XVI. no. 9.; ferner wenn ein Ehemann ein Dotalgrundstück veräußert, so convalescirt diese nichtige Veräußerung, wenn ihm später die dos zufällt, ohne daß die Tradition nun wiederholt zu werden brauchte; l. 42. D. 41. 3. — Eben so, wenn ein Nichteigen=

thümer eine Sache veräußert, nachher aber das Eigenthum erwirbt; l. cit. in f. l. 4. §. 32. D. 44. 4.

Bei bedingten Geschäften genügt es, wenn der Mangel bis zu dem Zeitpunkt, da die Bedingung eintritt, gehoben ist, l. 41. §. 2. D. de leg. I. 30. — l. 1. §. 2. l. 4. D. 34. 7. — l. 31. l. 98. pr. D. 45. 1. — wenn nicht die besondere Eigenschaft des Geschäfts es nach den Gesetzen nöthig machte, daß alle zu seiner Wirksamkeit gehörigen Erfordernisse ursprünglich beisammen seyen; §. 1. J. 2. 12. — l. 49. §. 1. l. 59. §. 4. l. 62. D. 28. 5.

Man statuirt im Allgemeinen die Convalescenz 1) wenn der Urheber des Geschäfts die bisher nicht gehabte Fähigkeit gewinnt, z. B. der Minor volljährig wird; 2) wenn der Gegenstand die bisher nicht gehabte Fähigkeit gewinnt, z. B. aufhört, dem bisherigen Verbot zu unterliegen; 3) wenn die Hindernisse der Willensfreiheit gehoben werden; 4) wenn die Ungiltigkeit darauf beruht, daß etwas fehlte, was nachgeholt werden kann; 5) wenn über ein fremdes Recht disponirt ist, was hinterher dem Urheber der Disposition zufällt, und in ähnlichen Fällen; §. 9. J. 3. 20. — l. 13. §. 29. D. 19. 1. — l. 4. §. 6. D. 1. 16. — l. 16. l. 20. l. 41. D. 13. 7. — l. 42. D. 41. 3. — l. 5. C. 8. 16. — cf. l. 2. §. 2. D. 15. 4. — l. 20. D. 40. 9. — Schweppe a. a. O. §. 104. — Mühlenbruch Doctr. Pand. T. I. §. 114. — Regel bleibt es übrigens immer, daß ein vom Anfang ungiltiges Geschäft dadurch nicht von selbst convalescire, daß in der Folge der ursprüngliche Grund der Ungiltigkeit wegfällt. Für Testamente ist diese Regel überhaupt bestätigt in l. 201. D. 50. 17., und bei Legaten durch die Regula Catoniana wiederholt l. 1. pr. D. 34. 7. — s. v. Savigny System ꝛc. Bd. IV. S. 536. — Schilling Lehrb. f. Instit. ꝛc. Bd. II. 280.

Zu 4) Diese Umwandlung (Conversion) kann begründet werden:

1) durch eine ausdrückliche Erklärung des Handelnden; z. B. wenn ein Testator sagt: sollte mein gegenwärtiges Testament nicht als solches gelten können, so will ich es als Codicill oder auf was immer für eine Weise aufrecht erhalten wissen [s. g. Codicillarklausel. Vergl. Fritz zu Wening Bd. I. S. 200. Sintenis Civilr. Bd. I. §. 24. Anm. 24.]

2) Wenn es an einer solchen ausdrücklichen Erklärung fehlt, so hält zwar Thöl im Handelsrecht Thl. II. §. 152. a. E. dafür, es dürfe präsumirt werden, daß das giltige gewollt war, wenn das gewählte Rechtsgeschäft nicht gelte. So unbedingt möchte dies aber wohl nicht angehen. Vielleicht ließe sich

weniger dagegen einwenden, wenn man behauptet, die Conversion finde statt, wenn man das andere Rechtsgeschäft in dem Willen des Handelnden als wesentlich inbegriffen annehmen kann; l. 8. pr. l. 19. pr. D. 46. 4. Dies kann aber beispielsweise dann nicht angenommen werden, wenn Einer ein Testament errichten zu wollen erklärt hat, und man dasselbe als Codicill anerkennen wollte, ohne daß er einen eventuellen Willen darauf gerichtet hat; denn er konnte ja nur Eines oder das Andere wollen; l. 1. D. 29. 7. — l. 13. §. 1. D. eod. l. 41. §. 3. D. 28. 6. — l. 8. C. 6. 36., Römer gelangt in seiner exegetischen Abhandlung über diesen Gegenstand (Arch. f. civ. Prax. Bd. XXXVI.) zu folgendem Resultat: die Rechtsgeschäfte werden geschlossen, lediglich um eine bestimmte Rechtsveränderung hervorzubringen. Wenn nun das gewollte Rechtsgeschäft nicht gilt, es sind aber die objectiven Erfordernisse eines andern Rechtsgeschäfts in der betreffenden Willenserklärung vorhanden, so ist es auch ohne den besonders darauf gerichteten Willen der Parteien als dieses Rechtsgeschäft aufrecht zu erhalten, wofern im Wesentlichen dieselbe Rechtsänderung, dieselbe juristische Wirkung durch dieses zweite Rechtsgeschäft hervorgebracht wird. [Vergl. auch Unger Natur der Inhaberpap. S. 91. ff., v. Keller, Pandecten §. 60. S. 117.]

Zu 5) Die Regel der l. 35. D. 50. 17. cf. auch l. 100. l. 153. D. eod. — l. 8. D. 41. 2. — l. 80. D. 46. 3., hatte schon im R. R. Ausnahmen, s. l. 17. §. 1. l. 27. §. 2. D. 2. 14. — l. 13. C. 6. 2. — In Ansehung der Aufhebung eines Testaments ist sie besonders vorgeschrieben l. 21. §. 5. C. 6. 23. — §. 7. J. 2. 17. Außerdem scheint sie im heutigen Recht kaum mehr brauchbar; s. v. Savigny a. a. O. Bd. IV. S. 344.

II. Theil.

Rechte der Persönlichkeit

in

bestimmten Beziehungen.

Kapitel I.

Bürgerliche Ehre.

Tit. Dig. de his, qui notantur infamia (3. 2.).

Tit. Cod. ex quibus causis infamia irrogatur (2. 12.) und de infamibus (10. 57.).

§. 46.

1. Begriff — Gegensatz (Infamie) — heutige Anwendbarkeit dieser Lehre.

1) Begriff von Ehre.
2) Worin besteht die römische Infamie?
3) Wie unterscheidet sich von derselben die deutsche Ehrlosigkeit?
4) Für welche Fälle statuiren die vormaligen Reichsgesetze die Infamie?
5) Auf welche Art kann die infamia wieder aufgehoben werden?

Zu 1) Indem das Recht der Persönlichkeit in seinem vollen Umfang nothwendig auch die vom Staat anerkannte Würdigkeit in sich schließt, so besteht die bürgerliche Ehre in dem Anspruch auf allgemeine Anerkennung der einem Staatsbürger als solchem nach Gesetz und Sitte zukommenden Würde; vergl. Walter über Ehre und Injurien im neuen Archiv d. Criminalr. v. Kleinschrod &c. Bd. IV. S. 108., l. 5. §. 1. u. 3. D. 50. 13. Existimatio est dignitatis illaesae status, legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur

Zu 2) Ihre rechtliche Wirkung betraf zunächst die in dem Bürgerrecht enthaltenen politischen Rechte, unbeschadet der Privatrechtsfähigkeit, daher sie v. Savigny System Bd. II. § 83. als eine halbe capitis deminutio bezeichnet. In der Kaiserzeit blieb sie nur wegen einiger privatrechtlicher Nebenwirkungen von Wichtigkeit. Heut

zu Tage kann dieser Gegenstand als antiquirt betrachtet werden.*) Man muß insbesondere auch gegen Marezoll über die bürgerliche Ehre S. 350. und v. Wening-Ingenheim Lehrb. d. gem. Civilr. Bd. I. S. 167. behaupten, daß es bei uns keine s. g. infamia immediata gibt; s. Eichhorn deutsch. Privatr. §. 87., Mittermaier deutsch. Privatr. §. 95., Schweppe röm. Privatr. Bd. I. §. 73. a., Puchta Lehrb. d. Pandecten §. 100., Thibaut System des Pand. R. §. 154. Ed. 8., v. Savigny System Bd. II. S. 227. Als römischrechtliche und h. z. T. noch geltende Folge der infamia wird zwar gewöhnlich das durch Infamie einer im Testament eingesetzten Person begründete Recht der Geschwister zur qu. inofficiosi angeführt, allein die zum Grunde liegende l. 27. C. 3. 28. si scripti heredes infamiae vel turpitudinis vel levis notae macula adspergantur, hat einen viel weiter gehenden Umfang, als der bestimmt begrenzte Begriff der infamia, indem überhaupt Personen, die in einem schlechten Rufe stehen, den gesetzlich Erbberechtigten nicht vorgezogen werden sollen, und beruht auf einem besondern Grund, indem das Gesetz die Verletzung nicht gestattet, welche darin für die Verwandten läge, wenn ihnen eine Person jener Art vorgezogen würde, s. v. Savigny a. a. O. Bd. II. S. 122. Luden a. a. O. Bd. III. S. 620. Hierüber kann daher nur die richterliche Beurtheilung entscheiden.

Zu 3) Die deutsche Ehrlosigkeit, welche aus unehelicher Geburt, oder aus einer verächtlichen Lebensart, oder aus gewissen Verbrechen, überhaupt aber aus der wegen eines solchen verhängten Acht entsprang, erstreckte sich

a) in ihren Wirkungen viel weiter, indem sie der wichtigsten Freiheitsrechte beraubte, wähend die Freiheit im ältesten deutschen Recht nicht nur eine politische, sondern auch eine privatrechtliche Bedeutung hatte.
b) Sie knüpft sich nicht immer, wie nach R. R., an Handlungen, sondern auch an gewisse Strafarten. Nach altdeutscher Ansicht war die Ehrlosigkeit verbunden mit allen Strafen, die an Hals oder Hand, oder an Haut und Haar gingen. Da nun der größte Theil dieser Strafen außer Gebrauch gekommen ist, so nimmt

*) Weshalb hier nicht der geeignete Ort seyn wird, auf eine nähere Erörterung darüber einzugehen, wodurch die römische infamia verwirkt wurde und welche rechtliche Folgen sie hatte, sondern genügend scheint, auf v. Savigny System S. 173 ꝛc. und Luden im Rechtslexikon Bd. III. S. 615 ꝛc. zu verweisen. [Abweichend v. Vangerow, Bd. I. §. 52., wogegen Sintenis Civilr. Bd. I. §. 14. Anm. 1. sich an v. Savigny anschließt.]

man in der Praxis diejenigen Strafen, welche an die Stelle jener getreten sind, als entehrend an. Wo in den Strafgesetzen eine Abstufung zwischen Strafarbeitshaus und Zuchthaus stattfindet, ist letzteres ohne Zweifel entehrend, s. Luden a. a. O. S. 629., ferner Ausstellung am Pranger, Brandmarken, öffentliche Zerbrechung des adeligen Wappens durch den Schinder, Anschlagung des Namens an den Galgen und unehrliches Begräbniß; Feuerbach Lehrb. d. peinl. Rechts §. 152.

c) Sie begründet auch die Ausschließung von Zünften und bürgerlichen Collegien, nach Tit. 38. §. 4. der Reichspolizeiordnung von 1577, Unfähigkeit zu öffentlichen Aemtern und Verlust derselben, sowie der damit verbundenen Rechte und Titel, l. 8. C. 10. 31. — l. 2. C. 12. 1. — l. 2. D. 1. 22, Unfähigkeit, Advokat, Procurator oder Notar zu seyn, s. Notariatsordn. v. 1512. §. 12. — l. 1. §. 5. l. 8. l. 9. D. 3. 1. — can. 1. 2. causa 3. qu. 7. Verlust des staatsbürgerlichen und gemeindebürgerlichen passiven Wahlrechts. Die Frage: ob auch Unfähigkeit zur Zeugenschaft eine rechtliche Folge der Ehrlosigkeit sey, ist sehr bestritten.

Gegen die Zeugenschaftsfähigkeit erklärt sich nach römischem Recht mit Bezug auf Nov. 90. c. 1. und besonders auf das canonische Recht, nach c. 54. X. de testibus (2. 20.) und c. 1. X. de except. (2. 25.) — c. 2. in f. X. de ordina cognit. 2. 10., Puchta im Lehrb. d. Pand. S. 95. §. 100. in der 1. Auflage.

Derselbe bezieht sich auch auf l. 20. §. 5. D. qui test. facere poss. (28. 1.), von welcher Gesetzesstelle jedoch zu bemerken ist, daß in der Florentina das nec ausgelassen ist: „nec ad testamentum nec ad testimonium adhiberi posse etc.“ — ferner Linde im Lehrbuch des Civilproc. §. 258. Ed. IV., Glück Thl. V. §. 383. S. 203. Gegen eine absolute Ausschließung von der Zeugenschaft spricht und zwar auch nach R. R. Eichhorn im deutschen Privatr. §. 88. S. 265., Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. I. §. 191. no. 3., Schweppe röm. Privatr. Bd. I. §. 73. S. 169., v. Savigny System Bd. II. S. 222. — Die Verschiedenheit der Meinungen beruht, — indem darüber, daß nach R. R. insbesondere l. 3. pr. l. 13. l. 21. pr. D. 22. 5., die Unfähigkeit zur Zeugenschaft im Allgemeinen nicht, sondern nur wegen gewisser einzelner Verbrechen stattfand, mit Grund kaum ein Zweifel erhoben werden kann — hauptsächlich

auf der Auslegung obiger Gesetzesstellen des canonischen Rechts, indem zu bezweifeln steht, daß sie eine absichtliche Abweichung vom R. R. enthalten sollten, und zum Theil dieselben auf einer Mißdeutung der l. 20. D. de testibus zu beruhen scheinen; vergl. Donell Comment. L. 25. Cap. 1. — Für unzweifelhaft erkennen aber die Unfähigkeit zur Zeugenschaft als eine Folge der deutschen Infamie: Eichhorn a. a. O. §. 88. — Schweppe a. a. O. §. 73. in f. — Hommel Rhaps. for. Obs. 210. no. 7., Kind Qu. for. T. I. Cap. 81. — Diese Meinung billigt Luden a. a. O. S. 626. wenigstens in Ansehung der Solennitätszeugen. In der Notariatsord. v. 1512. ist nämlich die Fähigkeit, Notar zu werden, allen denjenigen abgesprochen, welche unfähig seyen, Zeugen zu werden, so daß, da die Ehrlosen für notariatsunfähig erklärt sind, auch Zeugnißunfähigkeit derselben angenommen werden zu müssen scheint, was für Solennitätszeugen um so mehr gelten müsse, als gerade an die Stelle derselben in vielen Fällen die Notarien zugezogen werden. — Verlust des Adels s. sächs. Lehenr. Art. 2., der Lehensfähigkeit ibid., auch schwäb. Lehenr. Kap. I. §. 4. — II. F. 37. pr. Richtsteig der Landr. Art. 49., Hommel Rhaps. for. Obs. 210. §. 7., Preußische Gerichtsordnung Thl. I. Tit. 10. §. 227. no. 7., Eichhorn Einl. in d. deutsche Privatr. §. 83. bis 90. — Luden a. a. O. S. 626.

d) Sie kann nur durch richterliches Urtheil begründet werden. Ehrlosigkeit, Unfähigkeit zu bürgerlichen Ehrenämtern, Verlust des Adels, der Lehensfähigkeit, sowie auch selbst der bürgerliche Tod kann nur durch bestimmte Gesetze verwirkt werden, welche sie als Strafe oder als Strafzusatz, oder als Folge gewisser Strafarten aussprechen; vergl. Preußisches Landr. Thl. II. Tit. 20. §. 672., Oesterreichisches Gesetzb. über Verbrechen und Polizeivergehen, §. 23. a. u. b., Bayerisches Edict v. J. 1818. über den Adel §. 17. — und über das Gemeindewesen v. J. 1818. §. 78. lit. c. u. d. Um so weniger ist eine infamia facti h. z. T. zu statuiren, worunter man solche Handlungen oder Lebensarten versteht, welche sich nach der gemeinen Meinung nicht mit der Ehre vertragen; l. 2. pr. D. 37. 15. — denn wenn auch noch h. z. T. eine solche infamia facti sich hier und da durch Ausschließung von Zünften, Corporationen und Collegien wirksam zeigt, so geschieht dies nicht durch Gesetze, sondern durch Statuten und Observanzen solcher Corporationen selbst,

ist mithin nicht gemeinrechtlich; v. Savigny System Bd. II. §. 83. Aber auch mehrere Fälle der infamia mediata fallen h. z. T. weg; z. B. aus Contractsklagen, dolus, Injurien ꝛc.; Schweppe a. a. O. §. 73. a., Puchta a. a. O. §. 100.

Zu 4) Die Carolina bestimmt die Infamie als Strafe des Meineidigen, Art. 107., ingleichen desjenigen, welcher durch seine Person oder seine Kinder ein lenocinium begeht, Art. 122. — Andere Reichsgesetze erkennen sie an als Strafe betrüglicher Bankerottirer, s. Reichspolizei-Ordnung v. 1577. Tit. 23.; als Folge der Injurie, s. Reichsschluß v. J. 1668. u. 1670.,*) s. Samml. der Reichsabschiede Thl. IV. S. 56. 72. 78. 79.; als Strafe der Notarien, welche eine Cession von Juden an Christen aufnehmen, R.-A. v. J. 1551. §. 80.; als Strafe widerspenstiger Handwerksgesellen, R.-A. v. J. 1731., Samml. d. R.-A. Thl. IV. S. 379.; des Verlassens der Fahne und Uebergehens zum Feind, s. Reiterbestallung v. 1570. §. 62. u. 63.

Zu 5) Sie kann wieder aufgehoben werden: durch die gewöhnliche restitutio in integrum, wo diese überhaupt stattfindet, oder die zu den Hoheitsrechten des Landesherrn gehörende restitutio famae, s. Klüber öffentl. Recht d. deutschen Bundes §. 298., welche aber nicht schon in der allgem. Begnadigung des Verbrechers liegt; Schweppe a. a. O. §. 73. Auch die turpitudo, welche sich eine Person durch unsittlichen Lebenswandel zugezogen hat, l. 43. §. 4. D. 23. 2., wird nicht durch eingetretene Besserung von selbst aufgehoben, sondern eben auch nur durch restitutio famae, s. Erk. d. O.-A.-G. in Lübeck in der Bremer Sammlung 1854. S. 314. — War Jemand auf eine bestimmte Zeit von seiner Stelle ausgeschlossen, so fällt nach deren Ablauf auch die Infamie weg, s. Wening-Ingenheim Lehrb. des Civilr. Bd. I. S. 167. (§. 95.), Eichhorn a. a. O. S. 265. §. 88.

Ausführlich und gründlich findet man die ganze Lehre behandelt von Marezoll über die bürgerliche Ehre, Gießen 1824, und Burchardi de infamia, Kilon. 1819., Hagemeister in Hugo's civilist. Magazin Bd. III. no. VIII., Monitor de minutione existimationis. Lovan. (1824.), v. Vangerow Bd. I. §. 47.

---

*) Dessen Promulgation für das Reich jedoch nie erfolgt ist, s. Emminghaus corp. jur. Germ. pag. 507. not. 1.

§. 47.

2. Von Ehrenverletzungen und Injurien.*)

Inst. IV. 4. de injuriis. Dig. XLVII. 10. de injuriis et famosis libellis. Cod. IX. 35. de injuriis. — Pauli sent. rec. V. 4.

1) Was wird unter injuria im engern Sinn in den Gesetzen verstanden?
2) Ist zum Begriff der Injurie im engern Sinn eine specielle Absicht zu beleidigen (animus injuriandi), oder nur dolus im Allgemeinen nöthig, oder kann es auch culpose Injurien geben?
3) Kann die an sich begründete Injurienklage dadurch abgewendet werden, daß der Injuriant vor der Litiscontestation erklärt, aus Unbedachtsamkeit gesprochen und gehandelt, aber die Absicht zu beschimpfen nicht gehabt zu haben? und hilft bei zweifelhaften Injurien die Protestation, daß man nicht habe beleidigen wollen?
4) Kann die Injurienklage durch die Einrede des Irrthums entkräftet werden, z. B. wenn ich mich in der Person geirrt habe?
5) Findet der Grundsatz: quilibet verborum suorum optimus interpres, unbedingte Anwendung zur Ablehnung einer beleidigenden Absicht?
6) Ist bloße Unhöflichkeit eine Injurie? [oder bloße Grobheit?]
7) Wird durch die bloße Aeußerung eines Urtheils oder Schlusses aus gegebenen Thatsachen, wenn solches der Ehre nachtheilig ist, eine Injurienklage begründet?
8) Inwiefern können beleidigende Aeußerungen der Advocaten in Proceßschriften von dem Vorwurf der Injurie gleichwohl frei bleiben?
9) Kann der Unterrichter die gegen ihn beim Oberrichter vorgebrachten beleidigenden Aeußerungen in Strafe ziehen?
10) Wann ist man für die bedingte Injurie verantwortlich, z. B.

*) [Diese Lehre pflegt von den Lehr- u. Handbüchern des Privatrechts nicht an dieser Stelle des Systems, sondern im Obligationenrecht unter dem Gesichtspunkt einer Obligation aus einem Delikt behandelt zu werden; s. v. Vangerow Bd. III. §. 701. Sintenis Civilr. Bd. II. §. 124. Dazu Unterholzner Schuldverhältnisse Bd. II. S. 759. ff.]

ich sage: wenn du dies oder jenes gethan oder gesagt hast, so bist du ein Lügner — ein Betrüger?

11) Kann auch an juristischen Personen eine Injurie begangen werden?

12) Auch an Ehrlosen?

12a) [Kann ein Ehegatte gegen den anderen klagen?]

13) Kann man auch in der Person Anderer injuriirt werden? oder welche Fälle mittelbarer Injurien statuiren die Gesetze?

14) Kann der mittelbar Beleidigte auch dann die Injurie verfolgen, wenn der unmittelbar davon Betroffene sich dieselbe gefallen läßt, oder sich mit dem Injurianten dahin verträgt, daß er nicht klagen wolle?

15) Auf welcherlei Art können Realinjurien begangen werden?

16) Steht die Injurienklage dem Herrn zu, wenn seine Bediensteten oder Mandatarien wegen Vollziehung seines Auftrags injuriirt worden sind?

17) Inwiefern können Injurien zu den schwereren (atroces), im Gegentheil der leichteren (leviores), gerechnet werden?

18) Befreit die Einrede der Wahrheit immer von dem Vorwurf der Injurie — oder mit welcher Einschränkung?

19) Ist Eideszuschiebung zum Beweis der exc. veritatis zulässig?

20) Kann ein Denunciat von dem Richter, welcher auf den Grund eines Gerüchts Generaluntersuchung eingeleitet hat, wenn der Erfolg ergeben hat, daß das Gerücht falsch war, verlangen, daß ihm die Urheber und Verbreiter des Gerüchts genannt werden?

21) Befreit die Nennung des Autors von der wegen einer üblen Nachrede erhobenen Injurienklage?

22) Unterliegt der Denunciant der Injurienklage, wenn die Denunciation falsch befunden wird?

23) Was ist in Ansehung der Retorsion der Injurien Rechtens, und zwar in Beziehung auf öffentliche Strafe sowohl, als auf Privatgenugthuung?

a) Kann Derjenige, welcher retorquirt hat, oder

b) der Andere, gegen welchen retorquirt worden,

wegen Injurien klagen?

24) Gegen wen findet die Injurienklage statt? Auch gegen die Erben des Injurianten?

25) Was für Klagen sind wegen Injurien gegeben?

26) Wenn das Klaggesuch nur allgemein dahin gerichtet wird, zu erkennen, daß der Beklagte zur Leistung angemessener Genugthuung verbunden sey, ist dann die Klage als zu generell und dunkel zurückzuweisen?
27) Ist es nöthig, in der Injurienklage Zeit und Ort der zugefügten Injurie anzuführen?
28) Kann Derjenige, welcher ästimatorisch klagt, zur Beeidigung seiner Schätzung gelassen werden?
29) Kann der Beklagte sich von der ästimatorischen Klage durch Anerbieten der Abbitte oder des Widerrufs befreien?
30) Können die verschiedenen Klagen auf Aestimation, Abbitte, Widerruf oder Ehrenerklärung mit einander cumulirt werden?
31) Kann mit der Klage aus dem Aquilischen Gesetz auch die Injurienklage verbunden werden?
32) Kann neben der Klage auf Genugthuung oder Privatstrafe zugleich auf eine öffentliche Strafe geklagt werden?
33) Wann ist vorzugsweise auf Widerruf oder auf Abbitte oder auf Ehrenerklärung zu erkennen?
34) Wie ist die Ehrenerklärung zu fassen?
35) Wie die Abbitte?
36) Wie der Widerruf?
37) Muß Abbitte, Widerruf, Ehrenerklärung persönlich, oder kann sie auch schriftlich oder durch einen Anwalt geschehen?
38) Muß Abbitte, Widerruf öffentlich geschehen?
39) Findet auch die provocatio ex lege diffamari bei Verleumdungen statt?
40) Kann der Injuriat auch cautionem de non amplius offendendo verlangen?
41) Können die Injurienklagen cedirt werden?
42) Wie wird das auf Abbitte oder Widerruf oder Ehrenerklärung gehende Urtheil im Fall der Widerspenstigkeit des Verurtheilten exequirt?
43) Auf welcherlei Arten kann die Injurienklage aufgehoben werden?
44) Findet Restitution wegen Verspätung der Injurienklage statt?

Zu 1) Injuria im weitern Sinne ist jede, die Integrität der dem Andern zukommenden Rechtssphäre verletzende oder gefährdende Hand-

lung? (Unbill), [also auch eine Vermögensverletzung; z. B. in dem Ausdrucke damnum injuria datum] pr. J. 4. 4. — Im engern Sinn bedeutet Injurie Ehrenverletzung. — Das Recht der Ehre beruht nämlich, wie im §. 46. gezeigt wurde, darauf, daß von dem vom Staat anerkannten Recht der Persönlichkeit (Rechtsfähigkeit) auch die präsumirte Würdigkeit unzertrennlich ist. Jede mit dieser Präsumtion sich in wissentliche Opposition stellende Handlung ist eine Injurie im engern Sinn, — und kann demnach bestehen entweder in blos subjectivem wörtlichen oder thätlichen Ausdruck der Nichtachtung (contumelia), oder darin, daß ich die Meinung der Uebrigen nachtheilig gegen einen Andern bestimme, indem ich von ihm unwahrer Weise Handlungen aussage, welche die Präsumtion der Würdigkeit als Mensch und Bürger im Allgemeinen oder nach den besondern Voraussetzungen seines Standes, Ranges oder Amtes aufheben, somit ihm die Anerkennung entziehen würden [Verleumdung, Calumnie]; s. Walter in Kleinschrod's ꝛc. neuem Archiv des Criminalr. Bd. IV. S. 108. u. 241. Von selbst versteht sich übrigens hierbei, daß ich nicht aus einem durch Amtspflicht oder durch mein besonderes Verhältniß zum Andern bestimmten Rechtsgrund berechtigt war, §. 3. J. 4. 4. — l. 13. §. 1. 2. 6. l. 15. §. 13. D. 47. 10. — oder Derjenige, gegen welchen die Handlung gerichtet war, sie mir nicht ausdrücklich erlaubte; l. 1. §. 5. l. 17. pr. D. 47. 10. — Die Calumnie hat das Abweichende, daß sie nicht unmittelbar gegen die Person, welche dadurch verletzt wird, oder unter vier Augen, sondern Andern gegenüber ausgestoßen wird; denn geschieht der kränkende Vorwurf gegen den Verletzten unmittelbar, so ist nur eine einfache Injurie vorhanden. Daß sie aber öffentlich geschehen müsse, wie der Code pénal erfordert, ist zum Wesen der Calumnie, welche durch Zwischenträgerei eben so nachtheilige Wirkung hervorbringt, wohl nicht nöthig; s. Mittermaier im Rechtslex. Bd. V. S. 888.

Vorwürfe körperlicher Gebrechen können in Injurien ausarten, wenn sie mit Verhöhnung des Andern als Zeichen der Verachtung gelten, oder wenn der Vorwurf in Verbindung mit der Unsittlichkeit des Andern gebracht wird, oder Derjenige, welcher körperliche Gebrechen ausschwatzt, sich der Verletzung einer Pflicht zum Geheimniß schuldig macht; s. Mittermaier im civilist. Archiv Bd. XIV. S. 84.

Ein Unterschied findet endlich zwischen Real- und Verbal-Injurien statt, welche erstere als gemischte Injurien bezeichnet werden können. Sie unterscheiden sich vom Vergehen der Körperverletzung dadurch, daß bei ihnen Verletzung des Körpers nur als Nebensache erscheint,

und die Absicht nicht auf Verletzung der Integrität des Körpers gerichtet, auch nicht mit einem schweren Erfolg verbunden war.

Auch Credit verletzende Handlungen können nach Umständen in den Begriff einer Injurie fallen. Eine öffentliche bedrohliche Zahlungsaufforderung, wobei die Person hinlänglich kenntlich gemacht wird, ist als Injurie zu betrachten, wenn der Gläubiger auf ordentlichem Wege zur Zahlung gelangen konnte; v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörterungen Bd. IV. S. 77.

Nicht selten liest man in öffentlichen Blättern Ausfälle der Art: ich erkläre den Verfasser des in Nr. .... der N. .... Zeitung unter der Aufschrift .... anonym erschienenen Artikels .... für einen niederträchtigen Verleumder. Kann nun der Anonymus dagegen mit einer Injurienklage auftreten? Allerdings; sofern er beweist, daß er der Verfasser des anonymen Aufsatzes sey, und daß der Verklagte, wenn er auch ihn nicht genannt hat, doch keine andere Person als ihn anzugreifen beabsichtet habe. Denn l. 15. §. 9. D. 47. 10. läßt zwar eine Verfolgung nicht zu, si incertae personae convicium fiat, allein die unzweifelhafte Bezeichnung der Person ist der Benennung derselben gleich zu achten, die Persönlichkeit des Verfassers jenes für Verleumdung erklärten Artikels ist ungeachtet seiner Anonymität durch die angegebenen Merkmale außer Zweifel gesetzt, s. Weber über Injurien Bd. I. §. 166. Dritte konnten zwar nicht wissen, daß seine Person gemeint sey; dies thut aber nichts zur Sache; denn zum Thatbestand der Injurie, welche Jemandem auch unter vier Augen widerfahren kann, ist dies nicht erforderlich. Es ist auch ganz einerlei, ob der Urheber des Ausfalls gewußt hat, wer der Anonymus sey, oder ob er einen Andern dafür gehalten hat; denn es war bei ihm jedenfalls die bestimmte Absicht vorhanden, den Verfasser des von ihm bezeichneten Artikels durch seinen Angriff zu treffen, s. Erkenntnisse des O.-H.-G. zu Mannheim in den Jahrb. 1844/45. S. 459—492., Sintenis Civilr. Bd. III. §. 124. Anm. 79.

Die Frage, ob der Redacteur einer Zeitung wegen eines ihm anonym eingesandten injuriösen Artikels immer nur als eventuell haftbar anzusehen sey, sobald dem Beleidigten der Verfasser, gleichviel auf welche Weise, bekannt wurde, hat das O.-A.-G. in München also entschieden: das Preßgesetz sagt: „es bleibt den beleidigten Privatpersonen überlassen, den Verfasser und wenn dieser nicht genannt oder falsch angegeben ist, den Verleger und aushülfsweise den Drucker und Verbreiter vor der Gerichtsbehörde zu belangen."

Der verklagte Redacteur glaubte sich deshalb der Streiteinlassung

dadurch entziehen zu können, daß er den Verfasser nannte. Das Gericht verurtheilte jedoch den Redacteur wegen des in dem angeführten Preßgesetz enthaltenen bestimmten Ausdrucks: „wenn in oder unter der Schrift der Verfasser nicht genannt ist, so tritt sofort unbedingt die Haftung des Verlegers und die Wirksamkeit des Klagrechts gegen ihn ein." Hätte der Gesetzgeber etwas Anderes bestimmen, insbesondere eine nachträgliche nominatio autoris gestatten wollen, so hätte er statt des Wortes „ist" vielmehr „wird" sagen, statt in der gegenwärtigen, in der zukünftigen Zeit sprechen müssen, s. Seuffert und Glück's Bl. f. R. A. Bd. IV. S. 366. [In manchen Partikularrechten ist diese Benennung des prioritätisch Verpflichteten zugelassen, vergl. z. B. Königl. Sächs. Preßgesetz vom 14. März 1851. §. 26.]

Zu 2) Im Begriff der Injurie liegt allerdings wesentlich entweder die Absicht, die Ehre des Andern zu verletzen, oder doch das Bewußtseyn, daß dieselbe durch die Handlung verletzt werde; s. Feuerbach's Lehrb. des peinl. Rechts §. 274. cf. l. 3. §. 1. l. 4. D. 47. 10. — l. 5. C. 9. 35. — l. 34. pr. D. de O. et A. 44. 7. — l. 1. §. 8. D. 25. 4. Darüber ist man daher einig, daß nicht absolut animus injuriandi, sondern dolus im allgemeinen Sinn wesentlich zum Begriff der Injurie gehöre. Wenn Feuerbach a. a. O. §. 278. bei Injurien, die nicht öffentlich begangen werden, und auch nicht schon in anderer Rücksicht eine Rechtsverletzung enthalten, schlechthin die Absicht, die Ehre zu verletzen, erfordert, und dafür hält: Scherz hebe hier die Injurie auf — z. B. wenn ich Jemanden unter vier Augen im Scherz einen Schurken nenne, — so dürften sich wohl Zweifel dagegen erheben lassen.

Desto bestrittener ist die Frage, ob eine Injurie auch culpos begangen werden könne? Der Streit hierüber, in welchem Madihn, Paalzow, Klein, Hübner, Tittmann u. A. die Affirmative, dagegen Weber, Martin, Roßhirt, Wächter, Bauer und Elvers die Negative vertheidigen, drängt uns, die Wahrheit in der Mitte zu suchen. — Wir glauben, an dem Erforderniß des dolus festhalten zu müssen, mit welchem culpa lata ohnedies in Eins zusammenfällt,*) daher auch wegen einer im Rausch begangenen Injurie die Klage auf Abbitte stattfindet, nach dem Sprichwort: was man im Rausch sündigt, muß man nüchtern büßen; s. Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 47. tit. 10. §. 4. etc., Stryck Us. mod. Pand. h. t. §. 20.

*) [Daß culpa lata dem dolus gleichsteht oder gleich behandelt wird, ist ein Satz des Civilrechts, nicht des Criminalrechts, daher die obige Bemerkung in Betreff der injuria, welche in das Criminelle hineinragt, ihr Bedenkliches hat.]

Die übrigen Arten der culpa bestehen in einem zurechnungsfähigen Nichterkennen der schadenbringenden Folgen unserer Handlung, welches bei materiellen Rechtsverletzungen häufig vorkommen kann, dagegen die Verletzung eines blos ideellen Rechts, welche eigentlich in einer Contrarietät der Idee beruht, und wobei eben deswegen das Verletzende weit mehr im Willen, als in der Handlung liegt, in der civilisirten Welt vom Bewußtseyn so unzertrennlich zu seyn scheint, daß man dasselbe in der Regel voraussetzen darf; der Satz: facere nemo injuriam potest, nisi qui scit, se injuriam facere, — l. 3. §. 2. D. 47. 10. scheint zu involviren, daß eine Injurie nicht leicht unwissentlich begangen werden könne. — Diejenigen Fälle, welche man dem Begriff der culposen Injurie zu subsumiren pflegt, sind entweder solche Handlungen, von welchen wirklich wenigstens das Bewußtseyn des möglicher Weise dem Andern aus meiner Aeußerung oder Handlung entspringenden Nachtheils an seiner Ehre unzertrennlich ist, — (z. B. wenn Klein im Archiv des Criminalr. Bd. I. Stück IV. S. 18. den Fall hierher rechnet, da ich aus Leichtgläubigkeit oder Irrthum Jemandem Uebles nachrede, oder wenn ich ein ehrbares Mädchen anhaltend auf öffentlichem Wege verfolge), oder Handlungen, welche schon in anderer Rücksicht eine Rechtsverletzung enthalten, wohl auch bloße Verletzungen der Sitte, welche h. z. T. nur in das Gebiet polizeilicher Rüge fallen dürften, so weit sie einem Zwangsrecht unterliegen, was von allem dem gesagt werden muß, was eine turpitudo enthält, l. 112. §. 3. D. 30. Ehre und Sitte sind zwar verwandt, aber nicht gleichbedeutend; Unterscheidungen finden sich in l. 15. §. 2. 5. u. 15.—27. D. 47. 10. — Man kann volle Berücksichtigung der Sitte und Ehrbarkeit verlangen, vorausgesetzt, daß man sie selbst beobachte, s. Elvers Themis Bd. I. S. 356. — Fälle, wo in der Sitte zugleich die Ehre angegriffen ist, oder Handlungen, welche blos durch ihre Form die Bedeutung haben, daß durch sie eine Verachtung Anderer und eine Nichtanerkennung ihres sittlichen Werths an den Tag gelegt wird, lassen sich ohne das Bewußtseyn der Verletzung schwer annehmen.

Zu 3) Daß dies bei schweren Beleidigungen nicht angehe, ist unbezweifelt anzunehmen, Mevii Cons. XIII. no. 49., Carpzov Const. 42. Def. XI. no. 14., aber auch bei allen leichteren Injurien es angehen zu lassen, wie Becker in Diss. de usu exiguo act. ad palinod. meint, fehlt es an zureichendem Grund; s. Kleinschrod Abhandl. aus dem peinl. Recht und Proceß Bd. III. S. 427., und mindestens kann dies nicht zum Zweck der Befreiung von den Proceßkosten statt-

finden; Berger Oecon. jur. pag. 800. no. 9. Man kann daher die bejahende Meinung nur dann annehmen, wenn an der Zurechnungsfähigkeit sich einiger Mangel ergibt,*) oder, wenn nach voriger no. 2. bei der Mannigfaltigkeit der Vorkommenheiten auch Fälle zweifelhafter Injurien vorkommen können, insbesondere Aeußerungen, welche verschiedener Auslegung fähig sind, wobei übrigens noch zu berücksichtigen ist, facta verbaque dubia et ambigua in meliorem partem interpretanda sunt. — Leyser Sp. 550. Med. 2., wonach nicht leicht die Absicht zu beschimpfen angenommen wird; s. Grolmann Grunds. der Criminalrechts-Wissenschaft §. 220., Klein im Archiv Bd. I. St. IV. S. 23., Weber v. Injurien rc. Bd. I. S. 170. — Offenbar zu weit geht der bayerische Cod. civ. P. IV. Cap. 17. §. 14., wenn er schlechthin sagt: „durch die Declaration wird eine Injurie gehoben, wenn sich der Beklagte gleich in der ersten Antwort selbst erklärt, daß ihm die ausgestoßenen Scheltworte aus Zorn oder Unbedachtsamkeit entwichen sind.“ Seuffert u. Glück's Bl. f. R.-A. Bd. XII. S. 65. Das preuß. Landr. Thl. II. Tit. 20. §. 539. statuirt: „wer keine Absicht hat, den Andern durch Verachtnng zu kränken, oder ihn zu beschimpfen, der macht sich auch keiner Injurie schuldig.“ Gleichwohl statuirt dasselbe ib. §. 586—588. — offenbar culpose und wohl gar schuldlose Injurien.**)

Zu 4) Nach einigen Gesetzesstellen wäre zu unterscheiden, ob ich unter den vorausgesetzten Umständen im guten Recht gewesen wäre, oder nicht. Im ersten Fall, z. B. wenn ich in der Absicht, meinen Sclaven zu schlagen, einen Freien schlug, hafte ich nicht wegen der Injurie, l. 3. §. ult. l. 4. D. 47. 10. — cf. l. 14. D. 48. 8. — maleficia

*) Quicquid in calore iracundiae vel fit, vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuerit, judicium animi fuisse. — l. 48. D. de R. J. 50. 17. —

**) §. 586. Wer der Absicht der Ehrenkränkung nicht überführt ist, aber doch Anlaß gegeben hat, eine dergleichen boshafte Absicht bei ihm vorauszusetzen, ist schuldig, diesen Verdacht durch eine deutliche und förmliche Erklärung zu heben. §. 587. Wenn auch die Handlung oder Aeußerung an sich nicht beschimpfend und sogar die Abwesenheit des Vorsatzes zu beleidigen klar erwiesen ist, so kann doch Derjenige, dessen Ehre nach der Meinung Anderer dadurch gelitten haben soll, eine ausdrückliche Erklärung, daß seine Ehre durch dergleichen Handlung oder Aeußerung nicht habe gekränkt werden sollen, verlangen. §. 588. Ob Derjenige, welchem eine dergleichen Verletzung der Ehre zugeschrieben wird, auch zur Uebernahme der Proceßkosten verpflichtet sey, muß darnach beurtheilt werden, inwiefern ihm dabei ein Versehen zur Last falle.

non ex eventu, sed ex animo judicantur, — besonders wenn der Andere zur Verwechselung Anlaß gegeben hat, l. 15. §. 15. D. 47. 10. — Leyser Spec. 550. Med. 4. 6. 7., so auch, wenn der Irrthum so beschaffen ist, daß er die Absicht, zu beleidigen, ganz aufhebt, l. 18. §. 3. D. 47. 10. — Leyser Spec. 550. Med. 3. — Im zweiten Fall, wenn nämlich meine Handlung von der Beschaffenheit ist, daß sie gegen Jedermann widerrechtlich wäre, hilft mir der Irrthum nichts; Donell. Comm. I. 22., Walter im neuen Archiv f. d. Crim. R. Bd. IV. S. 276., Weber von Injurien Bd. I. S. 45. Daß ein Irrthum in der Person mich nicht gegen die Klage wegen begangener Injurie schütze, ist bestimmt ausgesprochen in l. 18. §. 3. D. 47. 10. — und wohl auch in der freilich durch die verschiedenen Lesarten verdunkelten l. 15. §. 15. D. 47. 10. — Walch controv. jur. civ. pag. 683.

Zu 5) Im Allgemeinen wohl, doch nicht unbedingt, denn man ist nicht zu einer solchen Auslegung berechtigt, welche ganz vom gemeinen Sprachgebrauch abweicht; Leyser Spec. 550. Med. 9.

Zu 6) In der Regel nicht, wohl aber in Beziehung auf vorzügliche Ehre (Standesehre), wenn ich diejenigen Handlungen unterlasse, welche der Andere als Zeichen seiner vorzüglichen Ehre zu fordern berechtigt ist, s. §. 7. J. 4. 4., was aber wohl nicht so weit auszudehnen ist, daß es schon als Injurie gälte, wenn ich vor einem Vornehmeren nicht gleich den Hut abziehe, talem enim reverentiam honoratiores solum jure imperfecto exigere possunt. Hommal Rhaps. Obs. 284., Feuerbach Lehrb. d. Crim. R. §. 276 u. 282., Leyser Sp. 546. Med. 12., Weber a. a. O. Bd. I. S. 132. 141. [In denselben Zusammenhang gehört die Frage über die injuriöse Bedeutung von bloßen Grobheiten. Marezoll Criminalr. §. 124. S. 435. Anm. 1. (III. Ausg.) sagt unter Bezugnahme auf Weber a. a. O. I. S. 134. und III. S. 3. und 9., daß Grobheiten, Indiskretionen, Ungeschliffenheiten injuriös werden können, aber nicht immer nothwendig sind.]

Zu 7) Nein; es wäre denn, daß die Form der Aeußerung Zeichen positiver Verachtung in sich enthielte; s. Feuerbach a. a. O. §. 275—284., Grolmann Grunds. d. Criminalrechts-Wissenschaft §. 220., Weber v. Injurien Thl. I. S. 124., oder daß das Urtheil über die Fähigkeit der Person zugleich mit dem Urtheil über die moralische Unwürdigkeit derselben verbunden wird, s. Mittermaier im civilist. Archiv Bd. XIV. S. 84.

Zu 8) Was zum Zweck des Streits dienlich erscheint, kann nicht

der Vermuthung des animi injuriandi unterworfen werden, l. 6. §. 1. C. 2. 6., daher hier der Grundsatz: veritas a convitio excusat, fast unbedingt Anwendung finden wird. Leyser Spec. 547. Med. 11. u. 12. Salsa advocatorum dicta et scripta injuriae non sunt. Advocati honorificentius et indulgentius, quam vulgo fit, tractandi sunt; — advocato licet convitiari, siquidem litium utilitas hoc poscit. Leyser a. a. O. Med. 1 — 3. — Der Eid, zu welchem Wernher Vol. IV. P. 5. Obs. 104. pag. 157. den Advocaten zulassen will, se animo defendendi, non injuriandi scripsisse, wird sich gewöhnlich als überflüssig oder unzulässig gestalten.

Zu 9) Dieses ist zu verneinen, wofern er nicht vom Oberrichter den Auftrag dazu erhält. Leyser Sp. 547. Med. 17.

Zu 10) Indem vornweg vorausgesetzt wird, daß hier nur von der reinen Potestativbedingung die Rede seyn könne, daß nämlich der bedingende Umstand den Beschimpften selbst und dessen bedingungsweise vorausgesetzte Handlung betreffe, ist zu unterscheiden, ob der bedingende Umstand wahr ist, oder nicht?

Ist er wahr, so kommt es noch darauf an, ob er den daraus gezogenen Schluß rechtfertigt, oder nicht? — In jenem Fall ist keine Injurie vorhanden, wohl aber in diesem; denn da ist es ganz einerlei, ob ich meine Injurie bedingt oder unbedingt ausgesprochen habe.

Ist der bedingende Umstand nicht wahr, so trifft mich der Vorwurf der Injurie in der Regel, weil ich den Andern schon dadurch verletze, daß ich ihn einer schlechten Handlung für fähig halte und dadurch einigermaßen verdächtig mache; Feuerbach a. a. O. §. 285., Grolmann a. a. O. §. 220., Weber über Injurien Bd. I. S. 169., Horn Diss. de injuria conditionali. Jenae 1752. th. 11. Indessen unterscheidet Kleinschrod im Archiv des Crim. R. Bd. I. Stück IV. S. 20., ob ich ohne allen Grund die bedingende Voraussetzung unterstellt, oder gegründete Vermuthungen in dieser Beziehung gehabt habe. Im letzteren Fall fällt nach seiner Meinung die Eigenschaft der Injurie ganz weg, und ebenso bei der conditio in futurum collata, z. B. mit den Worten; wenn du stehlen oder betrügen wirst, so bist du ein Dieb oder Betrüger.

Ist die Bedingung letzterer Art, aber unerlaubt, z. B. ich sage: „wenn du den Z. nicht durchprügelst, so bist du ein schlechter Mensch!“ so versteht sich wohl von selbst, daß ich mich einer Injurie schuldig mache, indem ich eine moralisch unmögliche Bedingung beifüge.

Zu 11) Da juristische nicht minder als physische Personen unter dem Schutze des Staats stehen, so ist diese Frage ohne Zweifel zu be=

jahen. [So einfach dürfte die Antwort nicht seyn. Es fragt sich vor Allem, ob einem Wesen, welches nicht Individuum ist, überhaupt eine Ehre zugeschrieben werden könne, was sehr zweifelhaft scheint, denn der Begriff der Ehre hängt eng und wohl gar wesentlich zusammen mit dem individuellen Lebensberuf der Person, und eine juristische Person hat einen Beruf im eigentlichen Sinne gar nicht. (Vergl. Kunze in der Heidelb. krit. Zeitschr. Bd. V. S. 370.). Ist dies nun richtig, so kann eine Injurie gegen eine juristische Person nicht gedacht werden; es kann sich nur fragen, ob die formell gegen die juristische Person geäußerte Injurie als eine Ehrenkränkung der Organe oder etwa der Percipienten der Anstalt, also einzelner bei der juristischen Person betheiligten Individuen aufzufassen sei. Hierüber entscheiden die allgemeinen Grundsätze.]

Anders ist der Fall, wenn Jemand über ganze Stände, Gewerbe und Handthierungen im Allgemeinen ehrenverletzende und verächtliche Aeußerungen ausstößt, ohne daß sie gerade gegen einzelne Subjecte in specie gerichtet sind; hier kann er von Personen, die zu dem geschmähten Stande gehören, nicht als Injuriant belangt werden, indem noch keine nothwendige Beziehung auf alle Individuen dieses Standes gegeben ist und durch Meinungen im Allgemeinen einzelne Ausnahmen nicht ausgeschlossen sind; Weber von Injurien I. S. 162. Die Injurie gegen einen ganzen Stand kann aber auch in einer individualisirenden Weise ausgestoßen seyn, so daß alle Individuen des geschmähten Standes von der Injurie nothwendig betroffen sind. Z. B. in einem periodischen Blatte war geäußert: „Die ehemaligen französischen Procuratoren waren eine Plage der arbeitenden Classen und Blutsauger des Volkes, und die Hamburger Prätur-Advocaten übertreffen ihre seligen Collegen noch weit.“ In diesem Falle wurde gewiß mit Recht von dem O.-A.-G. in Lübeck der Injurienklage statt gegeben; s. Seuffert's Archiv Bd. VI. H. 2. S. 268.

Zu 12) Zwar bejaht diese Frage Grolmann a. a. O. §. 222. und Weber von Injurien I. S. 27. Dem Ehrlosen sind ja nicht alle, sondern nur einige Rechte entzogen; s. Abegg Untersuchungen S. 61., Neues Archiv des Criminalr. IX. S. 623. Dagegen sagt jedoch Feuerbach a. a. O.: „An Ehrlosen ist eine Injurie nur insofern möglich, als die Ehrenverletzung mit andern Rechtsverletzungen verbunden ist.“

Zu 12a) [Die Klage des Ehemanns gegen seine Gattin auf Verurtheilung derselben in (Gefängniß-) Strafe wegen schwerer Beleidigung ward vom O.-A.-G. Darmstadt für unzulässig erkannt, weil die l. 2.

C. 5. 21. nicht aufgehoben und eine Pönalklage mit der Würde der Ehe unvereinbar sei (l. 2. D. 25. 2.; l. 22. i. f. Cod. 6. 2.). Seuffert's Archiv Bd. XIII. No. 264.]

Zu 13) Nach der gemeinen Meinung, zufolge l. 1. §. 3. 4. u. 6. l. 2. l. 15. §. 24. l. 18. §. 2. D. 47. 10., cf. Pauli Sent. rec. V. 4. 3. c. 7. 8. C. 23. qu. 3. qui non repellit a socio injuriam, si potest, tam est in vitio, quam ille, qui facit, — ist zur Injurienklage berechtigt: der pater familias, der Ehemann, der Verlobte,*) der Schwiegervater wegen Injurien, welche resp. den in väterlicher Gewalt befindlichen Kindern, der Ehefrau, der Verlobten und der Schwiegertochter zugefügt wurden, endlich der Erbe wegen Injurien gegen den Verstorbenen. Immer aber wird vorausgesetzt, daß der Beleidiger das Verhältniß gekannt habe, durch welches die mittelbare Wirkung der Injurie erzeugt wird, s. Sintenis pr. Civilr. Bd. II. §. 124. S. 758. der II. Aufl., jedoch gleichgiltig, ob er den mittelbar Betroffenen persönlich kannte oder nicht; l. 18. §. 4. 5. D. 47. 10., Weber a. a. O. I. S. 191. In Ansehung der einem Verstorbenen angethanen Injurien macht die Periode vor und nach dem Erbschaftsantritt blos einen formellen Unterschied, indem im ersten Fall die Injurienklage mit der Erbschaft — welche bis dahin den Verstorbenen repräsentirte — erworben wird, im zweiten Fall aber wird sie dem Erben im eigenen Namen gegeben; l. 1. §. 4. u. 6. l. 27. D. 47. 10. Wo indessen ein Gesetzbuch mittelbarer Injurien nicht erwähnt, darf man solche auch nicht annehmen, und wo es nur gewisse Personen erwähnt, die Bestimmung nicht auf Andere ausdehnen, weil das römische Familienrecht von dem unsrigen sehr verschieden ist; s. Mittermaier im Rechtslex. Bd. V. S. 893. Auch wegen Injurien, die in Bezug auf einen schon Verstorbenen geäußert werden, können die Nachkommen klagen, auch wenn sie nicht dessen Erben geworden sind; s. Mittermaier a. a. O. S. 893.

Eine singuläre Meinung — daß man nämlich für mittelbare Injurien nur die römisch rechtliche Aestimatorienklage, l. 5. l. 7. D. 47. 10., geltend machen könne, weil das R. R., auf welchem der Rechtsbegriff der mittelbaren Injurie beruhe, Klagen auf Abbitte und Widerruf gar nicht kennt, und die Klage aus dem Cornelischen Gesetz ausdrücklich dem Vater versagt ist, l. 5. §. 6. u. 7. a. a. O. stellt Kleinschrod in den Abhandl. aus dem peinlichen Recht und Proceß

*) Nicht aber umgekehrt die Gattin, die Verlobte; s. Cocceji Jus civ. controv. Vol. II. pag. 642. qu. III.

Bd. I. S. 400. auf. Dagegen wird wohl mit Recht bemerkt: was von den römischen act. aestimatoria gilt, müsse auch von der Klage auf Abbitte und Widerruf gelten; Götz Entsch. d. jurid. Facultät in Altdorf S. 131. ꝛc., Weber über Injurien ꝛc. Thl. II. §. 16., Grolmann Grundſ. d. Criminalr. §. 354 ꝛc. — Sintenis Civilr. Bd. II. S. 759. der II. Aufl. not. 82.

Zu 14) Der unmittelbar Beleidigte kann durch seine einseitige Bewilligung den Rechten des Andern nichts entziehen, und eben so wenig consumirt eine Klage die andere; Kleinschrod a. a. O. S. 199. cf. l. 1. §. 5. l. 18. §. 2. l. 30. §. 1. D. 47. 10. — l. 30. pr. D. 2. 14.

Zu 15) Durch jede Handlnng, welche etwas Beschimpfendes für den Andern hat, oder nach der gemeinen Vorstellungsart als Zeichen einer positiven Verachtung betrachtet wird, l. 53. pr. D. 47. 2. — l. 41. pr. D. 9. 2. — l. 1. §. 2. 3. l. 13. §. 7. D. 47. 10. — z. B. unzüchtige Betastung, selbst Küssen wider Willen eines Frauenzimmers, Thätlichkeiten, welche an sich zunächst etwas Herabwürdigendes haben, l. 1. §. 1. D. 47. 11. — Fenstereinwerfen (wenn es nicht in anderer, nämlich diebischer Absicht geschah) u. dergl. Feuerbach a. a. O. §. 288. lehrt: die Realinjurien setzen nothwendig voraus, daß die ein anderes Recht verletzende Handlung an und für sich eine Ehrenverletzung sey. Eine Rechtsverletzung, die diese Eigenschaft nicht hat, wird nicht dadurch zur Injurie, daß sie in der Absicht, die Ehre zu kränken, zugefügt wurde. Dagegen charakterisiren vorallegirte Gesetze die Handlung zunächst nach der Absicht.

Ein anderer Hauptzweck bewirkt daher nach Weber a. a. O., daß die Sache in eine andere Art von Vergehungen übergeht; die Handlung kann aber auch auf beiderlei Zwecke in gleicher Richtung gehen, nämlich bloße Kränkung und auch Beschädigung, welchenfalls auch zwei Rechtsmittel mit einander zu verbinden sind, s. l. 41. pr. D. 9. 2. — Dagegen ist es nichts Anderes als Realinjurie, wenn Jemand in meine Wohnung eindringt, ohne andern Zweck, als mich zu kränken, quia re mea uti me non permittat, l. 13. §. 7. l. 15. §. 3. D. 47. 10. — wohl auch, um mich dort zu behorchen oder zu belauern, Hommel Rhaps. Obs. 321., oder wenn er meine oder die an mich gerichteten Briefe aus bloßem Muthwillen erbricht, liest, ausplaudert. l. 41. pr. D. 9. 2. — l. 1. §. 38. D. 16. 3. — Symbolische Injurien gehören nicht zu den Realinjurien, indem die Injurien durch sinnliche Darstellungen vielmehr den wörtlichen gleich zu achten sind,

von welchen sie sich nur durch die Art der Aeußerung unterscheiden; Weber Bd. I. S. 107. 156.

Zu 16) Bejahend entscheidet Leyser Sp. 546. Med. 6.

Zu 17) In dreifacher Hinsicht: atrocem injuriam aut persona, aut tempore, aut re ipsa fieri, Labeo ait: l. 7. §. 7. u. 8. D. 47. 10. — l. 9. pr. D. eod. — §. 9. J. 4. 4.

a) vermöge persönlicher Verhältnisse, z. B. von Niederen gegen Höhere, l. 17. §. 3. D. 47. 10. — §. 9. J. 4. 4. Nov. 123. c. 3., von Dienstboten gegen ihre Herrschaften, von Kindern und Pflegbefohlenen gegen ihre Eltern und Pfleger, gegen bürgerliche Vorgesetzte oder in Amtsfunction begriffene öffentliche Diener; §. 7. J. 4. 4. — l. 7. §. 2. u. 3. l. 17. §. 3. D. 47. 10. — l. 4. C. 9. 35. — Leyser Sp. 543. Med. 9. — Grolmann a. a. O. §. 223.

b) In Hinsicht auf Oeffentlichkeit sind die Injurien schwerer, wenn sie bei öffentlichen Versammlungen, feierlichen Gelegenheiten und an öffentlichen Orten begangen werden; l. 7. §. 8. D. 47. 10. — §. 9. J. 4. 4. — Pasquille gehören besonders zu den schweren Injurien ratione modi, Weber a. a. O. I. S. 213. — und sind hinsichtlich der Strafe besonders ausgezeichnet; l. 21. D. 22. 5. — l. 18. §. 1. D. 28. 1. — l. 5. §. 9. u. 10. D. 47. 10. — Pauli rec. sent. V. 4. 15. u. 16. — C. C. C. Art. 110., welche übrigens h. z. T. nur arbiträr ist; Feuerbach a. a. O. §. 300., Grolmann a. a. O. §. 228.

c) Realinjurien; l. 7. §. 8. D. 47. 10. — l. 1. §. 1. u. 2. D. 47. 11.

Zu 18) Bekanntlich sind die Meinungen hierüber sehr verschieden; aber die größte Zahl der Rechtsgelehrten (die Literatur s. in Heffter's Lehrb. §. 301. not. 4.) und auch alle neuen Gesetzbücher, wie Mittermaier a. a. O. S. 896. bemerkt, haben sich — wenn auch zum Theil mit einigen Beschränkungen — für die Zulassung der Einrede der Wahrheit erklärt. Darüber zwar, daß in der Regel die Einrede der Wahrheit gegen die Injurienklage schütze, und daß insbesondere der Vorwurf der Verleumdung dadurch ganz elidirt werde, s. Grolmann a. a. O. §. 219. gegen C. C. C. Art. 110. — kann nach Vernunft und Gesetz, s. l. 18. pr. D. 47. 10. — l. 10. C. 9. 35., nichts eingewendet werden, aber in Ansehung der Ausnahmsfälle sind die Meinungen verschieden. Aus l. 5. C. 9. 35., wo die Kaiser dem Victorin auf seinen gemachten Vortrag zur Antwort ertheilen: si non convicii consilio te aliquid injuriosum dixisse

probare potes, fides veri a calumnia te defendit, — folgern Mehrere, z. B. Cocceji jus civ. controv. Vol. II. pag. 642., Walter im neuen Archiv. d. Crim. R. Bd. IV. S. 283., Albrecht Rechtsfälle Bd. II. S. 94., Mevius P. III. Dec. 357., Hommel Rhaps. Obs. 388. — daß selbst die Wahrheit der Nachrede (welche übrigens auch dann bewiesen werden muß, wenn der Angeschuldigte nur von der Instanz losgesprochen ist, Weber von Injurien Thl. I. S. 190. — Hommel Rhaps. Obs. 672.) nicht gegen die Injurienklage schütze, wenn der gemachte Vorwurf oder die üble Nachrede mit der Absicht zu kränken verbunden war. Andere hingegen, namentlich Matthaeus de criminibus pag. 144., Weber von Injurien I. S. 181. not. 14., Püttmann Elem. jur. crim. §. 405., halten strenger an dem Ausspruch des Paulus in l. 18. pr. D. 47. 10.: Eum, qui nocentem infamavit, non esse bonum aequum, eam ob rem condemnari, peccata enim nocentium nota esse, et oportere et expedire. Der Conflict der Einschränkung, welche in der vorangeführten l. 5. C. 9. 35. zu liegen scheint, mit diesem so ganz unbeschränkt lautenden Ausspruch wird dadurch gehoben, daß man die Worte der Kaiser in specieller Beziehung auf den zum Grund liegenden Vortrag des Victorin auffaßt, welcher seine Vertheidigung lediglich auf die Abwesenheit einer beleidigenden Absicht in einer wahrhaften Sache stützte. Sehr natürlich war demnach die Antwort des Kaisers, daß dann eine Injurie, welche außerdem vorhanden wäre, nicht angenommen werden könne. — Hiermit stimmt die deutsche Uebersetzung des Corpus juris überein. — Man kann daher, um beide Gesetzesstellen zu vereinigen, den Sinn der letzteren auch so verstehen: „wenn du aus guter Ueberzeugung von der Wahrheit und nicht in der Absicht zu schmähen ausgesagt hast, so rc.“

Es kann auch die Statthaftigkeit der exc. veritatis nicht davon abhängig gemacht werden, ob der Angeschuldete bereits bestraft worden ist oder nicht, s. Weber a. a. O. S. 177., denn selbst der Zweck der Strafen erfordert ja, daß sie bekannt werden, und selbst die landesherrliche Begnadigung kann nach l. ult. §. ult. C. 9. 51. — nicht weiter als auf Befreiung von der Strafe gehen; im Verhältniß zu seinen Mitbürgern bleibt der schuldig Befundene immer ein solcher, cujus peccata nota esse oportet et expedit. Bemerkenswerth ist l. 3. C. 9. 43. Indulgentia, Patres conscripti, quos liberat, *notat*, nec infamiam criminis tollit, sed poenae gratiam facit; cf. l. 5. C. Th. 9. 38.

v. Feuerbach im Lehrb. des peinl. Rechts §. 284. lehrt: „Wenn der Inhalt einer Aussage allein ehrenkränkend ist, so hebt die Wahrheit des Inhalts die Injurie auf; wenn aber die Form der

Erklärung die Ehre verletzt, so ist es Injurie, mag nun der Inhalt wahr seyn oder nicht." Bei auffallenden Excessen solcher Art wäre übrigens der Meinung Derjenigen zu folgen, welche deshalb keiner Genugthuungsklage, sondern nur einer polizeilichen Strafe Statt geben; s. Kleinschrod Abhandl. aus dem peinl. Recht Thl. III. S. 436. §. 19., Klein im Archiv d. Crim. Rechts Bd. I. S. 25.

Unstreitige Ausnahmen von der Regel sind: wenn eine besondere Amtspflicht zur Verschwiegenheit verbunden hatte, wie dies beim Arzt, Beichtvater und Anwalt der Fall ist, oder wenn man in öffentlichen Vorträgen zur Kränkung eines Andern Dinge vorbringt, welche außer den angewiesenen Grenzen liegen; z. B. wenn ein Prediger gewisse Personen, namentlich in öffentlichem Vortrag, herabwürdigt, l. 14. C. l. 9. — oder blos muthwilliges Schelten und Schimpfen ausübt, Bülow u. Hagemann prakt. Erörterungen Bd. III. S. 70., Weber a. a. O. I. S. 173 ꝛc., cf. l. 1. etc. C. Th. de famos. libellis., Cocceji Jur. civ. controv. Vol. II. p. 641., oder wenn man sich eines an sich unerlaubten Mittels — wie des Pasquills — bedient.

Zu 19) Wenn der Kläger die Thatsache nach Zeit und Ort genau substantiirt hat, hält die Eideszuschiebung für die Civilklage, auch wenn es ein factum famosum ist, für zulässig Leyser Sp. 557. Med. 4., Weber a. a. O I. S. 188.

Für die Zulässigkeit der Eideszuschiebung in Injuriensachen entscheidet auch Schmidt in den hinterlassenen Abhandl. prakt. Rechtsmaterien Bd. II. S. 215. „Die Gesetze lassen die Eideszuschiebung bei allen Civilklagen zu, wenn sie auch auf eine Privatstrafe abzielen, und infamiren, l. 3. §. 1. l. 9. §. 2. de jurejur. — l. 52. §. 27. D. de furtis und insbesondere bei Injurienklagen, l. 5. §. 8. l. 11. §. 1. D. de injur., folglich muß dem Beklagten gleiches Recht zustehen. — Wie jedoch der Kläger in der Injurienklage die Umstände des Orts und der Zeit genau anzuführen hat, so muß auch der Beklagte, wenn er die Einrede der Wahrheit opponirt, ein Gleiches beobachten."

Zu 20) Leyser Sp. 551. Med. 11. bejaht diese Frage, bei welcher es übrigens gar sehr auf die Justizverfassung eines jeden Landes ankommt.

Zu 21) Das altdeutsche Sprichwort: Währmann haben hilft nicht, [s. Eisenhart Grunds. der deutschen Rechte in Sprüchwörtern III. Aufl. S. 489.] ist nach der gemeinen Meinung nur von dem Fall zu verstehen, wenn ich das Gehörte zur eigenen Behauptung mache, nicht aber, wenn ich es als ein von Andern erzähltes Gerücht mittheile und keine besondere Pflicht zum Stillschweigen hatte. Doch

muß ich dann auch beweisen, daß es mir erzählt worden ist; s. Weber a. a. O. S. 187., Grolmann a. a. O. §. 219.

Zu 22) Allerdings, wenn er nicht durch hinlängliche Gründe den Vorwurf der Calumnie abzulehnen vermag; s. Weber a. a. O. S. 190., Quistorp Grundſ. d. peinl. Rechts §. 595. 807. 811., Hommel Rhaps. Obs. 671., Pütter's Rechtsfälle II. 194. — Vergl. Seuffert's Archiv Bd. X. No. 50.

Zu 23) Auf die öffentliche Bestrafung kann, so weit nämlich die Injurien von Amtswegen zu strafen sind, die Retorsion natürlich keinen Einfluß haben, s. Grolmann a. a. O. §. 224. — Struben rechtl. Bedenken Bd. IV. S. 55., sowie auch umgekehrt der Richter nicht in das Gebiet der Privatstrafe übergreifen darf, s. Leyser Sp. 542. Med. 5., und eben so wenig die Strafe durch Beruhigung des Beleidigten aufgehoben wird; Leyser Sp. 543. Med. 1.

In Ansehung der Privatgenugthuung divergiren die Rechtslehrer zwar nicht wenig, gleichwohl allgemein ist die Beantwortung der Frage ganz einfach aus dem Princip zu schöpfen: Selbstvertheidigung ist erlaubt, Selbsthülfe, Selbstrache aber, außer den in den Gesetzen ausgenommenen Fällen, s. l. 20—24. D. ad l. Jul. de adult. — Nov. 117. c. 15. C. C. C. Art. 150., durchaus nicht. Bei wechselseitigen Verbalinjurien fällt der Begriff von Vertheidigung von selbst weg,*) weil gegenseitiges Schimpfen die eigene Ehre nicht rein machen kann Bei Realinjurien ist Selbstvertheidigung denkbar, aber die Fälle sind gleichwohl seltener, wo man nicht leicht und sicher durch die Obrigkeit Abhülfe erlangen kann. Bei wechselseitigem Schimpfen und Schlagen wird daher gewöhnlich Compensation eintreten, l. 10. pr. §. 2. D. 16. 2. — l. 36. D. 4. 3. — c. ult. X. de adulter., Leyser Sp. 173. M. 1. und Sp. 543. M. 7., und kann da auch nicht darauf geachtet werden, auf welcher Seite sich ein Uebermaß findet, quum vulnera non dentur ad mensuram, l. c. — denn quod quis sua culpa damnum sentit, haud sentire videtur; nur auf materiell erlittenen Schaden, z. B. Kurkosten oder sonstige Vermögensverringerung, pflegt

*) Der Fall, welchen Weber a. a. O. Bd. II. S. 52. dagegen anführt: „wenn ein überwiesener Meineidiger Jemanden eines Verbrechens beschuldigt, und dieser, um seinen guten Namen vorläufig zu schützen, dagegen erwiedert, daß jener als falsarius keinen Glauben verdiene, ohne sonst zu schimpfen" — ist kein Retorsionsfall; denn der vermeintliche Retorquent beging da, indem er die Wahrheit sagte, keine Injurie; es waren also in diesem Fall keine wechselseitigen Injurien vorhanden.

erkannt zu werden, wenn Maaß und Ziel der Vertheidigung überschritten wurde, nicht auch auf Schmerzengeld und Versäumniß, auch werden die Kosten nur compensirt; l. 52. §. 1. D. 9. 2. — c. 12. in f. X. de restit. spoliat., Leyser Spec. 543. Med. 6. — Im Allgemeinen aber kann weder der Urheber oder Derjenige, welcher den Andern durch eine unerlaubte Handlung gereizt hat, ihn zu beschimpfen, wegen der Injurie klagen, weil er selbst gleiche Schuld wie der Beklagte hat; l. 203. D. 50. 17. — Kleinschrod Abhandl. Thl. III. S. 436., noch der Retorquent, weil Derjenige, welcher Selbsthülfe gebraucht, sich der obrigkeitlichen Hülfe verlustig macht; Weber a. a. O. II. S. 52. ꝛc., Leyser Spec. 89. Med. 10., Spec. 543. Med. 6., Kleinschrod Abhandl. III. S. 458. Vergl. Seuffert's Archiv Bd. XII. No. 32. Als erlaubte Selbstvertheidigung dürfte es gelten, wenn ein Frauenzimmer Dem, der dasselbe wider Willen küßt und solchergestalt mit noch weiteren Zudringlichkeiten bedroht, eine Maulschelle gibt; Müller Diss. de osculo nocivo Cap. 2. §. 14.

Zu 24) Gegen Denjenigen, welcher die Injurie zugefügt oder veranlaßt oder befördert und verbreitet hat; §. 11. J. 4. 4. — l. 11. pr. §. 3. l. 15. §. 8. l. 34. D. 47. 10. — Kleinschrod Abhandl. III. S. 402.

Der Uebergang des Klagrechts ad heredes und in heredes ist — vorausgesetzt, daß schon bei Lebzeiten des Erblassers nicht nur von diesem die Klage schon angebracht, s. Leyser Spec. 546. Med. 1. — l. 1. §. 4. 6. l. 13. pr. l. 27. D. 47. 10., — sondern auch die Litiscontestation erfolgt war — für die ästimatorische Klage entschieden in l. 13. pr. D. 47. 10. — §. 1. J. 4. 12. — l. 10. §. 2. D. 2. 11.

In Ansehung der deutschrechtlichen Klagen auf Abbitte und Widerruf sind die Meinungen getheilt. Für den activen Uebergang spricht Weber a. a. O. Thl. II. S. 104—108. — Dagegen Cocceji jus controv. tit. de injur. Qu. 21. etc. P. II. pag. 658., Kleinschrod Abhandl. III. S. 102., Klein Grunds. des peinl. Rechts §. 230., indem sie dafür halten, daß die für die ästimatorische Klage gegebene Vorschrift keine Anwendung auf die andern später entstandenen Klagen leide, allein die Art der Klage ändert nichts an der ratio legis, welche nach den obigen Bemerkungen über mittelbare Injurien sich nicht verkennen läßt. Vollends ohne allen wahren Grund spricht Quistorp den Erben des Injuriirten jede Art der Klage, und sogar ohne Unterschied, ob Litiscontestation zuvor schon erfolgt war, oder nicht, ab; s. dessen Grunds. d. peinl. Rechts §. 322.

Zweifelhafter ist die Frage über den passiven Uebergang in heredes bei der Klage auf Abbitte und Widerruf oder gar Ehrenerklärung. Weber a. a. O. verneint diese Frage, und zwar hier im Einverständniß mit Cocceji a. a. O., weil Klagen, welche auf Demüthigung des Beklagten gehen, nur in seiner Person denkbar sind, von welcher auch die Absicht untrennbar ist. Dagegen führt Lauterbach in act. injuriar. recantatoria §. 27. mehrere Judicate und Autoritäten für die Zulassung der Klagsverfolgung gegen die Erben des Injurianten an, wenn dieser noch bei Lebzeiten litem contestirt hatte. Diese Ansicht ist als die richtige anzuerkennen. Denn entweder sind die Klagen auf Abbitte und Widerruf wahre Strafklagen, dann entscheidet l. 26. D. de O. et A. omnes poenales actiones post litem inchoatam etiam ad heredes transeunt; sind sie aber vermischter Natur, oder wohl gar den bloßen Entschädigungsklagen beizuzählen, so gehören sie nach erfolgter Streit=Einlassung zum Vermögen, l. 28. D. 47. 10., und können auch gegen den Erben nicht versagt werden, weil dieser in das ganze Rechtsverhältniß des Erblassers eintritt; l. 24. D. de V. S. — l. 62. D. de R. J. 50. 17.; s. Götz rechtl. Entscheidungen der juridischen Facultät zu Altdorf S. 140. ꝛc.

[Nach Heffter Kriminalrecht §. 311. Anm. 9. wäre es am richtigsten, jeden Uebergang der Klagen ad und in heredes zu verneinen, wogegen Sintenis Civilr. Bd. II. §. 124. Anm. 87. sich dafür erklärt, daß die Klage auf die Erben des Beleidigers übergehe, weil die Erben auch wegen der dem Erblasser noch nach seinem Ableben durch böse Nachrede zugefügten Injurien selbständige Klage erheben können, und sonst der Beleidiger frei ausgehen würde.]

Zu 25) Die ästimatorische — die Klage auf Abbitte, auf Widerruf und auf Ehrenerklärung. Vergl. Sintenis Civilr. Bd. II. §. 124. Anm. 74.

[Die Klage wegen einer in einer Zeitung verbreiteten Beleidigung kann gegen den Redakteur erhoben werden, auf Privatgenugthuung oder öffentliche Strafe; ein weiteres Klagrecht gegen den, welcher zur Verbreitung der Injurie mitwirkt, namentlich dahin, daß er angehalten werde, die ihm etwa bekannten Urheber der Beleidigung namhaft zu machen, ist nicht gesetzlich begründet. So entschied gegen Weber Ueber Injurien Abth. III. S. 88. u. Tittmann Handb. d. Strafr. §. 365. das O.=A.=G. Cassel, s. Seuffert's Archiv Bd. VIII. No. 223.]

Zu 26) Nach gemeinem Recht allerdings, weil der Richter im Mangel eines bestimmten Gesuchs nicht wissen kann, was der Kläger eigentlich will, nicht aber nach sächsischem Recht, weil da die ästima=

torische Klage aufgehoben ist, mithin die richterliche Beurtheilung frei ist, ob Abbitte oder Ehrenerklärung oder Widerruf am angemessensten sey; Leyser Spec. 543. Med. 5.

Zu 27) Allerdings, und zwar nicht nur bei einer auf öffentliche Strafe gerichteten Klage, nach l. 3. pr. D. de accus., sondern auch wenn Privatsatisfaction verlangt wird, indem einestheils der Unterschied zwischen leichten und schweren Injurien von der Rücksicht auf Zeit und Ort mit abhängt, anderntheils auch die Jahresfrist in Betracht kommt, innerhalb deren eine Injurienklage nur zulässig ist.

Zu 28) Zum juramentum in litem wohl nicht, weil die Momente der Beurtheilung nach Maaßgabe der Natur der Beleidigung, der persönlichen Verhältnisse der Parteien und des Vermögens des Beleidigers, §. 7. J. 4. 4, in der Regel dem Richteramt anheimfallen, daher unbillige und übertriebene Forderungssummen nicht zugelassen werden können, s. Quistorp Grunds. d. peinl. Rechts §. 329., Müller Promtuar. jur. Vol. III. pag. 611. no. 57. So erzählt Leyser in Spec. 543. Med. 9. Corr. 1. einen Fall, wo die klägerische Aestimation zu 2000 Rthlr. auf 4 Rthlr. ermäßigt worden ist. Durchaus kein Grund ist aber vorhanden, warum der Kläger nicht zum Beweis sowohl der Injurie selbst, als auch eines durch dieselbe erlittenen und noch ferner zu befürchtenden positiven Schadens, z. B. in Beziehung auf Credit, Gewerbe und Nahrungsquellen, wenn dieser zur Hälfte erwiesen ist, zum Ergänzungseid zugelassen werden sollte, Matthaeus de crim. L. 47. tit. 4. C. 3. no. 1., jedoch muß der Richter zuvor nach den Ergebnissen des Beweisverfahrens die nach vorgängigem Eid zu leistende Summe bestimmt haben. Das Urtheil muß daher bestimmt aussprechen, was der Kläger in quali et quanto zu beschwören habe; s. l. 9. C. unde vi. 8. 4. — Carpzov Qu. 95. no. 12. etc. — Zenk Diss. de act. injur. aestimat. Argentor. 1673. th. 19. — Kleinschrod Abhandl. Bd. III. S. 414. §. 9., und bei der Festsetzung der besonders in Beziehung auf fortdauernde nachtheilige Folgen immer ungewissen Summe muß der Richter nach vernünftigem Ermessen die Rücksichten auf Stand und Verhältnisse des Beschimpften, auf Ort und Zeit ꝛc. abwägen. Die Schätzung muß übrigens nach l. 21. D. 47. 10. nicht nach der Zeit, zu der das Urtheil gefällt wird, sondern zu welcher die Injurie zugefügt wurde, geschehen.

Der ästimatorische Kläger erbietet sich häufig schon in der Klage zum Aestimationseid, und sogar machen es ihm manche Landesgesetze zur rechtlichen Nothwendigkeit. Z. B. das bayerische Landr. Thl. IV. Kap. 17. §. 6. Was ist aber dann die Folge, wenn der Kläger zwar

erst nach erfolgter Litiscontestation und dadurch bewirktem Uebergang der Klage auf seine Erben, aber bevor es zum Schätzungseid kommen konnte, stirbt? Die Erben des Injuriaten können freilich nicht zum Schätzungseid gelassen werden, denn die Aestimation der Ehre kann als etwas höchst persönliches nur vom Beleidigten selbst eidlich bekräftiget werden, aber die durch Zufall eingetretene Unmöglichkeit der eigenen Eidesleistung kann doch die zur Fortsetzung der Klage berechtigten Erben des Injuriaten nicht ihres Rechtes verlustig machen, denn selbst der wirklich abgeleistete Eid wäre ja doch nicht für die Höhe der Aestimationssumme entscheidend, sondern von der richterlichen Ermäßigung abhängig gewesen, welche durch den eingetretenen Todesfall eben so wenig verhindert, als der Beklagte dadurch in eine nachtheiligere Lage versetzt wird, s. Erk. d. O.-A.-G. in München in Seuffert u. Glück's Bl. f. R. A. Bd. XIV. S. 377. Nach gemeinem Recht wäre eine Schwierigkeit um so weniger vorhanden, als es sogar genügen würde, wenn der Kläger, ohne selbst eine gewisse Summe anzugeben, diese gleich der Bestimmung des Richters überließe, s. Weber über Injurien Thl. II. S. 124.

Zu 29) Kleinschrod in den Abh. Bd. III. S. 439. §. 20. und der von ihm angeführte Bodinus in Diss. de abusu aestim. et moderat. injur. §. 13. bejahen die Frage, indem durch Widerruf und Abbitte Dasjenige geleistet werde, was hauptsächlich und geradezu den verletzten guten Namen wiederherstellt, folglich der Kläger nicht mehr Dasjenige verlangen könne, was nur secundär zum Ersatz der gekränkten Ehre beiträgt.

Allein dagegen dürfte sich einwenden lassen, daß der Beklagte den Kläger bei der electiven Klagenconcurrenz niemals in seiner freien Wahl der Klage beschränken könne, welche er für die zweckmäßigste hält, um dem Leichtsinn und Muthwillen des Beleidigers Schranken zu setzen. Kleinschrod stützt seine Ansicht auf die Meinung, daß die ästimatorische Klage nur für ein subsidiäres Rechtsmittel zu achten sey, worin ihm aber — wie er selbst gestehen muß, a. a. O. S. 439., — nicht nur die römische Legislation, sondern auch die Praxis entgegen ist.

Zu 30) Die ästimatorische Klage kann alternativ mit der Klage auf Abbitte und Widerruf verbunden werden, um für den schwierigen Fall eines executiven Zwanges zu Handlungen ein indirectes Compelle zu gewinnen, oder den Zweck wenigstens in anderer Art zu erreichen, Kleinschrod Abh. III. §. 21. S. 441. u. 443.

Ueber cumulative Concurrenz der ästimatorischen Injurienklage mit der recantatorischen Klage hat jedoch ein Plenarbeschluß des

O.-A.-G. in München entschieden: nach gemeinem Recht schließen die ästimatorische Injurienklage und die Klage auf Abbitte, Widerruf und Ehrenerklärung einander aus.

Darüber, ob die Klagen auf Abbitte, Widerruf und Ehrenerklärung mit einander cumulirt werden können, sind die Meinungen verschieden. Grolmann a. a. O. §. 227. bezeichnet sie als cumulativ concurrirend, bezüglich der Kammergerichtsordn. v. 1555. II. 28. 4., und des jedoch nicht zur Gesetzeskraft gelangten Rechtsschlusses vom 19. Septbr. 1668., sowie der Praxis des ehemaligen Kammergerichts, s. Gail Obs. I. 65., Mynsinger Obs. II. 98. Rationell muß die gleichzeitige Cumulirung verworfen werden, weil man eben so wenig wegen einer Verletzung doppelte Genugthuung verlangen kann, als doppelte Strafe stattfindet; ne quis ob unum crimen pluribus legibus reus fieret; und weil die genannten verschiedenen Klagen auf verschiedenen Voraussetzungen beruhen, was Grolmann a. a. O. nicht verkennen kann. Es kann aber doch Fälle geben, wo die Cumulirung der Klagen auf Abbitte und Widerruf nicht verwerflich scheint, da eine Injurie mehrfache Beziehung haben kann; z. B. es behauptet Jemand von mir unwahre Thatsachen, welche meiner Ehre nachtheilig sind, und bedient sich dabei beschimpfender Ausdrücke, s. Weber a. a. O. II. 30. Ein Beispiel, wo die Leipziger und Göttinger Juristenfacultät auf Ehrenerklärung und öffentliche Abbitte zugleich erkannten, findet sich in Elvers Themis Bd. I. S. 348.

Um so mehr dürfte die Klage auf Ehrenerklärung wenigstens subsidiär mit der Klage auf Abbitte und Widerruf zu verbinden seyn, wenn sie gleich nicht gleichzeitig mit letzteren concurriren kann, s. Kleinschrod Abh. III. S. 443., weil diese eine offenbare Injurie voraussetzen, Ehrenerklärung aber allenfalls noch bei einer zweifelhaften oder culposen Injurie verlangt werden kann. Ueberhaupt ist es Sache des Richters, unter mehreren Genugthuungsarten für die angemessenste zu entscheiden.

Zu 31) Dagegen scheint, abgesehen von dem zur Fr. 30. angeführten entgegenstehenden Präjudize, kein Anstand obzuwalten, indem jene Klage einen existirenden, diesen einen besorglichen künftigen Schaden betrifft, l. 23. §. 9. D. ad Leg. Aquil. l. 25. D. 47. 10. — l. 34. pr. D. de O. et A., Matthaeus de crim. l. 47. Tit. 4. C. 3. no. 10. — Mittermaier im Rechtslex. Bd. V. 900.*)

*) [Ueber das Verhältniß der Injurienklage zur Aquilischen und zur actio doli vergl. Erkenntn. des O.-A.-G. Lübeck in Seuffert's Archiv Bd. VIII. No. 137.]

Zu 32) Der Zwiespalt der Meinungen über diese Frage gründet sich vorzüglich auf die Verschiedenheit der Ansichten darüber, ob unsere Injurienklagen bloße Genugthuung oder eine Privatstrafe bezielen. Privat= und öffentliche Strafe zugleich lassen die römischen Gesetze nicht zu, l. 6. D. 47. 10. — §. 10. J. 4. 4., wohl aber Strafe neben Entschädigung, l. un. C. 9. 31. u. l. un. C. Th. 9. 20. — l. 7. §. 1. D. 47. 10. Vergl. Cujacii Obs. 24. 16., Walter im neuen Archiv d. Criminalr. Bd. IV. §. 15. S. 252. ꝛc. Wenn die deutsche Praxis erlaubt, den Injurianten zur Genugthuung und Strafe zugleich anzuhalten, wie Kleinschrod in der Abh. III. S. 445. unter Anführung vieler Autoritäten, namentlich v. Quistorp, Koch, Stelzer ꝛc. bemerkt, so ist doch eine solche Praxis nicht bindend für die Richter, wenn sie auf Mißverständniß beruht. Da nämlich die römische Distinction zwischen delicta publica und privata, zufolge welcher ein Privatdelict, z. B. Diebstahl, Raub ꝛc. überhaupt nur auf Anklage des Betheiligten bestraft werden konnte, unserer heutigen Staatsverfassung eben so fremd ist, als die damit verbundene Folge, daß bei Privatdelicten keine doppelte Verbindlichkeit erzeugt wird, nämlich zur öffentlichen Strafe gegen den Staat, und zur Genugthuung gegen den Einzelnen, so gestaltet sich die Sache also: da unsere Injurienklagen, wenn auch zufällig in Folge der Begriffe von Ehre etwas Pönalisches darin liegt, keine eigentlichen Delictsklagen im römischen Sinne sind, welchen der Charakter der Strafe wesentlich und selbständig inwohnt, so kann durch keine Art der Injurienklagen das obrigkeitliche Strafamt ausgeschlossen seyn, wenn der Injuriant sich so weit vergangen hat, daß von Amtswegen mit Untersuchung und Strafe gegen ihn einzuschreiten war, nämlich wenn Verletzung seiner öffentlichen Dienstpflichten concurrirt, oder die Injurie öffentliche Behörden oder in Amtsfunction begriffene Staatsdiener trifft, oder die öffentliche Ruhe und Sicherheit zerstört, oder in criminelle Gewaltthätigkeit übergegangen, oder das sträfliche Mittel des Pasquills gebraucht worden ist. Ist dies aber nicht der Fall, so bleibt nur der römische Begriff eines Privatdelicts übrig, und mit ihm die Vorschrift, daß ein solches nur auf Antrag des Verletzten bestraft werden kann. Das Recht zu diesem Antrag steht noch heut zu Tage jedem Injuriaten zu, nach §. 10. J. 4. 4. — l. 7. C. 9. 35., aber eben auch nur unter der Beschränkung jener Gesetze, daß er nicht zugleich civiliter und criminaliter, sondern nur auf die eine oder die andere Art klagen kann, l. 6. D. 47. 10. — §. 10. J. 4. 4. — Weber a. a. O. II. S. 86. ꝛc. Die Klage auf öffentliche Strafe concurrirt demnach nur electiv mit

den Klagen auf Aestimation, Abbitte, Widerruf oder Ehrenerklärung; s. Feuerbach a. a. O. §. 296., Grolmann a. a. O. §. 224. [Das O.-A.-G. Rostock hat rücksichtlich der 3 zuletzt genannten Klagen cumulative Konkurrenz anerkannt; s. Buchka-Budde Entscheidungen Bd. I. No. 23.]

Zu 33) Auf Widerruf, wenn die Ehrenverletzung durch Andichtung unwahrer Thatsachen zugefügt worden ist; — auf Abbitte bei anderen ganz unzweifelhaften Injurien; – auf Ehrenerklärung bei einer in Ansehung der äußeren Handlung unzweifelhaften, in Ansehung des animus injuriandi aber noch etwas zweifelhaften Injurie; Feuerbach a. a. O. §. 294., Kleinschrod Abh. Bd. III. S. 430. §. 16. Beispielsweise bei zweideutigen Worten oder anderen sinnlichen Darstellungen; s. Weber a. a. O. Bd. II. S. 36.

Zu 34) Dahin: daß Beklagter den Werth des Klägers anerkenne, und denselben durch seine Handlung zu schmälern nicht die Absicht gehabt habe; s. Grolmann a. a. O. §. 227. Zweckwidrig ist die Formel: „daß man nichts als Liebes und Gutes vom Andern wisse, und ihn für einen rechtschaffenen Mann halte;" Weber a. a. O. Bd. II. S. 32. 2c., Kleinschrod Abh. Thl. III. §. 16. S. 431.

Zu 35) Sie muß in der Erklärung bestehen, daß man es bereue, die Ehre des Andern gekränkt zu haben, und deswegen um Vergebung bitte; s. Grolmann a. a. O.

Zu 36) Dahin: daß Dasjenige, was man dem Kläger Schlimmes nachgesagt, und wodurch man seine Ehre gekränkt hat, grundlos sey.

Zu 37) Darüber, daß die Ehrenerklärung sowohl schriftlich, als durch einen Anwalt geschehen könne, ist kein Zweifel; s. Weber a. a. O. II. S. 36. Zweifelhafter ist es in Ansehung des Widerrufs und der Abbitte. Daß eine besondere Rücksicht auf Stand und Rang nicht stattfinde, wird im Voraus zugegeben werden müssen; s. Weber a. a. O. II. S. 41. Unstreitig ist auch, daß der Richter je nach der Schwere der Injurie die Genugthuungsmittel schärfer oder milder bestimmen könne. Die enge Verbindung der Ehrenverletzungen mit der Persönlichkeit und die zum Theil strafartige Natur der Satisfactionsmittel macht es wohl der Natur der Sache gemäß, daß, nach der Ansicht von Wernher P. I. Obs. for. 30. no. 1., ingleichen Westphal im Criminalr. Anm. 85. §. 4. und Kleinschrod Abh. Bd. III. S. 425. §. 14., Abbitte und Widerruf nicht anders als persönlich geschehen, wie dies auch in Sachsen verordnet ist, s. Leyser Sp. 543. Med. 2.; da aber die wichtigsten Handlungen durch Mandatarien vorgenommen werden können, cap. ult. in VIto de

procuratoribus, so ist Weber a. a. O. Bd. II. S. 37. mit Leyser a. a. O. der Meinung, daß die Nothwendigkeit persönlicher Leistung nicht anders als vermöge besonderer Landesgesetze, oder wenn den Umständen nach ausdrücklich darauf erkannt worden ist, zu behaupten sey.

Zu 38) Nur dann, wenn die Injurie öffentlich zugefügt worden ist; Kleinschrod Abh. Bd. III. S. 419. 425.

Zu 39) Sie läßt sich als die Injurienklage vorbereitend wohl anwenden, erscheint aber nicht zweckmäßig; denn indem bloße Stillschweigens-Auflage noch keine Genugthuung gewährt, würde, wenn man hinterher erst zur Injurienklage greifen wollte, eine unnöthige Verdoppelung der Proceduren verursacht. Vergl. Seuffert's Archiv Bd. XIV. No. 137.

Zu 40) Nur dann, wenn der Beleidiger zugleich künftige Beleidigungen gedrohet hat; Kleinschrod Abh. Bd. III. S. 435., Westphal Criminalr. Anm. 106.

Zu 41) In Ansehung der Klagen auf Widerruf, Abbitte und Ehrenerklärung ist die verneinende Antwort außer Zweifel. Verschiedene Meinungen bestehen nur in Ansehung der ästimatorischen Klage. Kleinschrod in den Abhandl. a. a. O. Bd. III. S. 447. hält hier die Cession für zuläſſig. Dagegen s. Mühlenbruch Lehre v. d. Cession §. 26. S. 293., welcher von den Fällen, da das Objekt eines Rechts der Schätzung unfähig ist, die Fälle unterscheidet, da zwar das Objekt, nicht aber das Recht selbst abschätzbar ist. Ist nun das Recht selbst keiner pecuniären Schätzung fähig, so ist es auch nicht cessibel, wenn gleich das Object dieses Rechts pecuniären Werth haben mag. Dies ist der Fall bei der ästimatorischen Injurienklage, wie bei der qu. inofficiosi, actio revocatoria u. a. m. Das Recht auf Ehre ist ein unveräußerliches Recht und kein Gegenstand des Handels. Dies bestätigt l. 28. D. 47. 10. — l. 32. pr. D. 35. 2. — l. 5. §. 1. D. 9. 2. — l. 2. §. 4. D. 37. 6. — Cicero Orat. pro Caecina cap. 12. in f. actio enim injuriarum non jus possessionis assequitur, sed dolorem imminutae libertatis judicio poenaque mitigat.

Zu 42) Die Vollziehung durch den Scharfrichter in Gegenwart des Injurianten widerstrebt den heutigen Sitten; s. Quistorp Grundſ. d. peinl. Rechts §. 826., Kleinschrod Abh. III. S. 426., Leyser Sp. 543. Med. 4., daher nur die gewöhnlichen Zwangsmittel, als Geld- und Gefängnißstrafen, übrig bleiben, bei deren Fruchtlosigkeit durch ein richterliches Decret, daß der ehrenkränkende Vorwurf falsch und der Gekränkte oder Beschimpfte ein unbescholtener Mann sey,

abgeholfen, wohl auch nach Kleinschrod a. a. O. analog allen solchen Fällen, wo der Gegner aus dolus oder contumacia sich der schuldigen Leistung entzieht, oder sie unmöglich macht, s. l. 68. D. de R. V. — l. 16. §. 3. D. 20. 1. — der Kläger zur ästimatorischen Klage zugelassen werden kann.

Zu 43)

a) durch Verzicht und Verzeihung; l. 11. §. 1. l. 17. §. 6. D. 47. 10. — §. 12. J. 4. 4., was aber nicht, wie Manche dafür halten, s. Quistorp a. a. O. §. 332., blos aus einem äußerlich freundschaftlichen Umgang zu schließen ist. Wenn es nämlich in §. 12. J. 4. 4. heißt: haec actio dissimulatione aboletur etc., werden Aeußerungen und Handlungen darunter zu verstehen seyn, welche mit der Absicht, das erlittene Unrecht zu rügen, geradezu in Widerspruch stehen; s. Weber a. a. O. Bd. II. S. 135., Kleinschrod Abh. Thl. III. S. 457. Durch freiwillige Ehrenerklärung werden die Folgen der Injurie abgewendet, wenn dieselbe unbedingt und unumwunden geschieht und mit einem Zugeständniß verbunden ist; Seuffert u. Glück Bl. f. R.-A. Bd. XII. S. 201.

b) durch den Tod des Beschimpften, jedoch nur unter der no. 24. bemerkten Einschränkung.

c) Wenn der Beleidigte durch zuerst erlittene strafbare Beleidigung zur Retorsion veranlaßt war, so wird die Klage eines Jeden durch die exc. doli aufgehoben; arg. l. 36. D. 4. 3. — l. 57. §. 3. D. 18. 1. — l. 154. D. 50. 17. — c. ult. X. de adult., Grolmann a. a. O. §. 229., wenn auch die Grenzen der Compensation einigermaßen überschritten worden seyn sollten, doch kann bei beträchtlichen Excessen Ersatz des positiven Schadens verlangt werden, c. 12. in f. X. de rest. spoliat. — Leyser Sp. 543. Med. 6. — und wenn der Injuriirte den Andern erst nach geraumer Zeit gegenseitig injuriirt, so mag er wenigstens nicht über das Verhältniß jener hinausgehen; s. Weber a. a. O. II. S. 55. u. III. S. 184. A. M. ist Hommel Rhaps. Obs. 383. [Nach Lauterbach Colleg. theor.-pract. ad lib. XVI. Tit. 2. §. 13. sind nur die ästimatorischen Injurienklagen, nicht aber die Widerrufsklagen compensabel. Sehr weit dehnt Hencke Kriminalr. Bd. II. S. 323. die Compensabilität aus; er verlangt Gleichheit und Excesslosigkeit der Injurien, aber nicht Wörtlichkeit und unmittelbare Zeitfolge.]

d) Die Injurienklage wird ferner aufgehoben durch einjährige Präscription, l. 5. C. 9. 35., und zwar ohne den frühern von Matthäus a. a. O. no. 19. und Andern, z. B. Thibaut über Besitz und Verjährung §. 58. behaupteten Unterschied zwischen der ästimatorischen und den übrigen Injurienklagen, für welche dieser Schriftsteller den 30jährigen Zeitraum der aus dem bürgerlichen Recht entstehenden Klagen annahm, wogegen zu erinnern ist, daß der gesetzliche Grund der Zeitbeschränkung bei allen Injurienklagen derselbe ist; Kleinschrod a. a. O. III. §. 27. S. 454. Diese Ansicht ist auch von dem O.=A.=G. in München mit Rücksicht auf die Ausführungen von Weber von Injurien Thl. II. S. 140. u. 156. und Chopin im civilist. Archiv. Bd. XVII. S. 214. adoptirt worden; s. Seuffert und Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. XV. S. 104., wo sich auch die Literatur über diese Streitfrage findet; s. auch Hagemann prakt. Erörter. Bd. VII. S. 199. Ob aber die Jahresfrist ein annus continuus oder utilis ist, darüber ist man zweifelhafter. Weber a. a. O. II. S. 144. und mit ihm Gründler in der systematischen Entw. d. Lehre v. d. Verjährung d. peinl. Strafe §. 65. meint zwar, dies sey durch l. 5. C. 9. 35. bereits entschieden, wo es heißt: si convicium objecisti, ex eo die annus excessit etc., allein hier ist offenbar nur von Injurien unter Gegenwärtigen die Rede, wo die alsbaldige Kenntniß vorhanden ist, beweist also nichts für den Fall, wo diese mangelt. Da scheint demnach die Regel der prätorischen Klagen, von welchen auch die Pönalklagen keine Ausnahme machen, arg. l. 1. §. 4. D. 25. 5. — l. 35. D. de O. et A. 44. 7., um so mehr für einen annus utilis zu entscheiden, als die ästimatorische Klage nicht einmal eine reine Strafklage, sondern auch auf Entschädigung gerichtet ist; Kleinschrod Abh. III. S. 451. §. 26., Matthaeus de crim. Lib. 47. tit. 4. C. I. no. 17.

Zu 44) Für Minderjährige allerdings, nach l. 37. D. de minor. 4. 4.

Kapitel II.

Von Verletzung der jungfräulichen Integrität.*)

§. 48.

1. Rechtswirkungen in Beziehung auf die Geschwächte.

1) Steht die Genugthuungsklage wegen erlittener Nothzucht auch einer früher schon aus freiwilligem Beischlaf geschwächten Person zu?
2) Was für eine Klage steht dem aus freiwilligem Beischlaf geschwächten Frauenzimmer zu?
3) Worauf ist die Klage gerichtet, oder was für Verbindlichkeiten erwachsen aus der unehelichen Geschlechtsvermischung dem Stuprator? Allenfalls auch einem mente capto? Auch einem Ehemann?
4) Tritt die Entschädigungsverbindlichkeit auch dann ein, wenn er die Weibsperson zwar geschwächt, aber nicht geschwängert hat? oder immissio seminis geleugnet ist?
5) Muß in der Klage Zeit und Ort des vollzogenen Beischlafs angegeben werden?
6) Sind die Entbindungs- und Wochenbettkosten der Entschädigungsverbindlichkeit gegen die Deflorirte oder der Alimentationspflicht gegen das aus dem Beischlaf erzeugte Kind zu subsumiren? Was für Klagen finden wegen der Entbindungskosten statt, und kann die Forderung auch auf außerordentliche Operationskosten, welche durch eine unregelmäßige Niederkunft veranlaßt wurden, erstreckt werden?
7) Müssen sie auch bei Erzeugung eines adulterinus oder incestuosus vom Schwängerer entrichtet werden?
8) Vor welchen Gerichtsstand ressortirt die Klage der Geschwächten?
9) Steht die Klage blos einer Jungfrau oder auch einer Wittwe zu?

---

*) [Von der systematischen Stellung dieser Lehre gilt dasselbe, was oben zu §. 47. in der Anmerkung gesagt ist, indem der Anspruch der deflorata auf Dotation und event. Ehelichung als eine Deliktsklage aufgefaßt zu werden pflegt. S. Sintenis Civilr. Bd. I. §. 29. Anm. 25. u. Gengler deut. Privatr. in s. Grundzügen II. Aufl. §. 38. Ueber die Untrifftigkeit des Deliktsgesichtspunktes s. jedoch unten zu Fr. 3.]

10) Auch einer Ehefrau gegen den ledigen Mann, der sie zum ehebrecherischen Beischlaf verführt hat?

11) Kann die von einem Verlobten, dessen die Ehelichung verhinderndes Verhältniß sie kannte, geschwängerte Weibsperson auf Ehelichung oder Entschädigung klagen? z. B. er war ein katholischer Geistlicher, oder das Verhältniß fand zwischen einem Juden und einer Christin oder umgekehrt, oder in verbotenen Verwandtschaftsgraden statt?

12) Kann eine früher schon geschwächte Weibsperson wenigstens dann auf Ehelichung oder Entschädigung gegen den zweiten Schwängerer klagen, wenn sie vom Ersten nichts hat erlangen können?

13) Kann, insofern die deflorata ihren Entschädigungsanspruch wegen des verlorenen Guts der jungfräulichen Ehre begründen muß, ihr vom Beklagten der Eid darüber zugeschoben werden, daß sie zur Zeit des mit ihm vollzogenen Beischlafs noch eine reine Jungfrau gewesen sey?

14) Wie, wenn sie wenigstens eines versuchten früheren Beischlafs mit einem Andern geständig oder überwiesen ist?

15) Was wird vorausgesetzt, um ein Mädchen wegen eines empfangenen Lohns mit der gleichwohl noch angestellten Entschädigungsklage abzuweisen?

16) Ist anzunehmen, daß die Weibsperson selbst der verführende Theil gewesen und folglich nicht zur Klage berechtigt sey, wenn sie selbst zur Mannsperson in das Bett gekommen ist?

17) In welchen Fällen kann das Mädchen pure auf Ausstattung klagen?

18) Kann die unter dem Versprechen der Ehe geschwächte Frauensperson schlechthin auf Ehelichung klagen?

19) Wird die Geschwächte ihres Anspruchs verlustig, wenn sie in der Angabe der Person des Schwängerers variirt hat?

20) Inwiefern kann der Stuprator sein Wahlrecht zwischen Ehelichung oder Entschädigung durch Verzug verlieren, und wann fängt der Verzug an?

21) Wenn derselbe die letztere gewählt hat, hinterher aber sich zeigt, daß er sie nicht leisten kann, steht dann der Geschwächten der Rückgriff auf den Ehelichungsanspruch zu?

22) Kann sie in dem Fall, wenn der Stuprator sich heimlich entfernt, und sie sich indessen mit einem Andern verehelicht

hat, nach seiner Rückkehr noch schlechthin auf Entschädigung klagen?

23) Was muß der Beklagte, wenn er except. fornicationis oder vitae impudice actae der Klage entgegengesetzt, beweisen?

24) Kann er sich zum Beweis der exc. plurium concumbentium der Eideszuschiebung bedienen?

25) Kann der Geschwächten die exc. fornicationis auch dann noch mit Wirksamkeit entgegengesetzt werden, wenn der Schwängerer sich bereits mit ihr auf eine Ausstattung verglichen hat, und die Geschwächte nun aus dem Versprechen oder Vergleich klagt?

25a) Involvirt die Bezahlung einer Abfindungssumme ein Zugeständniß des Klaggrundes?

26) Wenn die Geschwächte sich ihrer Ansprüche an den Schwängerer begeben hat, ist dieser Verzicht verbindend, und kann insbesondere dieselbe ohne Zustimmung ihrer Eltern und Vormünder giltig verzichten?

27) Fällt die alternative Verbindlichkeit des Schwängerers alsdann ganz weg, wenn in der Person des Mädchens solche Zufälle eintreten, welche der Ehe hinderlich sind, z. B. wenn die Stuprata später Nothzucht von einem Andern erleidet oder in eine unheilbare Krankheit, in Wahnsinn oder Blödsinn verfällt?

28) Steht der Geschwächten ein Klagrecht auf den vom Stuprator versprochenen, aber unbezahlt gelassenen Lohn zu?

29) Desgleichen auch das versprochene Schweiggeld?

30) Wird eine Geschwächte in den Fällen, wo ihr ein absolutes Klagrecht auf Entschädigung zusteht, desselben verlustig, wenn sie sich nachher von einem Andern schwängern läßt?

31) Wann verjährt die Klage aus der Schwächung oder Schwängerung?

32) Wenn verschiedene Gesetze collidiren, nach welchen richtet sich die Beurtheilung der aus dem unehelichen Beischlaf entstehenden Verbindlichkeiten?

33) Nach welchen Rücksichten ist die Entschädigungssumme zu bemessen, welche der Klägerin zuerkannt werden muß?

34) Wenn auf Verbindlichkeit zur Ehelichung erkannt ist, wie soll dann der Richter im Fall der Renitenz des Beklagten den Vollzug des Urtheils bewirken?

35) Genießt die der Geschwächten zuerkannte Ausstattung ein Privilegium im Concurs des Schwängerers?

36) Kann die Geschwächte die Entschädigung auch aus dem Lehen fordern?

37) Welchen Einfluß hat der Tod eines oder des andern Theils auf das Recht aus der Schwängerung?

38) Kann ein bereits verlobtes Mädchen, wenn sich dasselbe von einem Andern schwängern läßt, gegen diesen auf Ehelichung oder Ausstattung klagen?

39) Wird die Geschwächte auch dann ihres Entschädigungsanspruches verlustig, wenn sie erst nachher geheirathet, oder von einem Andern sich hat schwängern lassen, nachdem ihr erster Schwängerer bereits gerichtlich erklärt hat, sie nicht heirathen zu wollen?

40) Wenn die Stuprata geheirathet hat, und ihr nachher erst zur Entdeckung ihres früheren Fehltritts gelangter Ehemann die Scheidung bewirkt hat, kann sie dann noch gegen den ersten Schwängerer klagend auftreten?

41) Geht der Wittwe die ihr von ihrem verstorbenen Ehemann bis zu ihrer Wiederverheirathung verschaffte Vermögensnutzung durch außereheliches Gebären verloren?

Zu 1) Eine erweisliche Nothzucht eines früher schon gefallenen Mädchens muß die Pflicht der Genugthuung für Den, welcher sie verübte, nicht minder zur rechtlichen Folge haben, da eine gewaltsame Störung in einem sittigen Leben, durch welches eine solche Person ihren früheren Fehler wieder gut machen konnte, gleich verletzend und nachtheilig wirkt; s. v. Quistorp Beitr. S. 715., Tittmann Handb. d. gem. deutsch. peinl. Rechts §. 271., Busch Rechte geschwächter Frauenspersonen ꝛc. §. 113. vgl. Glück Thl. XXVIII. S. 158.

Zu 2) Nach Einigen condictio ex canone, weil eigentlich das cap. 1. u. 2. X. de adult. et stupro den Ursprung dieses Klagrechts enthält; nach Andern aber cond. ex moribus, weil der Gerichtsbrauch das canonische Recht eben so wie das ihm zum Grund liegende mosaische Recht, s. 2. Buch Mose Kap. 22. V. 16. u. 17., und 5. Buch 22. Kap. V. 28. und 29. wesentlich abgeändert hat.

Der Grund des Klagrechts beruht auf der in der physischen und psychischen Präpotenz des Mannes gegründeten Voraussetzung, daß das schwächere Geschlecht einer Verführung unterlegen sey, deren Unheil-

bringendes, welches außer dem Fall dieser gesetzlichen Hülfe ganz allein auf jenes und oft für die ganze Lebenszeit fallen würde, der Mann ihm billigerweise abzunehmen verbunden ist. Es ist daher auch dem Gerichtsbrauch nicht gemäß, wenn Gett in seinem Werk über die Rechtsverhältnisse aus der außerehelichen Geschlechtsgemeinschaft §. 21 der Klägerin erst den Beweis erlittener Verführung auflegen will, weil die dem Beklagten entgegenstehende Vermuthung nur eine praesumtio hominis sey.

Der usuelle Sinn ist vielmehr, daß das aus einem, auf beiden Seiten ungebundenen, Naturtrieb entsprungene Factum vorzugsweise dem Mann zu imputiren sey, so lange nicht das umgekehrte Verhältniß als Ausnahme bewiesen wird; daher liegt es vielmehr dem Beklagten ob, zu beweisen, daß die Klägerin ihn zum Beischlaf verführt habe (exc. concubitus a stuprata ipsa sollicitati).

Zu 3) Das canonische Recht hatte eine richtige Consequenz beobachtet, indem es befahl, den regelwidrigen Zustand in den der Sitte und bürgerlichen Ordnung entsprechenden zurückzuführen, was zunächst nur durch die Thätigkeit des Mannes möglich war, und von ihm um so mehr rechtlich gefordert werden konnte, als die Vermuthung, daß der Beischlaf in keiner andern Absicht geschehen sey, als um die Ehe dadurch zu vollziehen, so stark war, daß dagegen nicht einmal ein Beweis zugelassen wurde, s. c. 30. X. de sponsal. et matrim., Glück Thl. XXIV. S. 349. Daher sagt das Gesetz: Si quis seduxerit virginem nondum desponsatam, dormieritque cum ea, dotabit eam et habebit uxorem, wodurch für die Geschwächte und das Kind zugleich gesorgt war. Der Gerichtsbrauch hat aber die Verbindlichkeit des Schwängerers in eine alternative umgeschaffen: aut ducat aut dotet; wodurch im letzten Falle dessen Verbindlichkeit gegen das Kind von jener gegen die Geschwächte isolirt wurde.

Auch der wahnsinnige außereheliche Vater kann sich von der bemerkten Verbindlichkeit nicht durch den Einwand mangelnder Zurechnungsfähigkeit frei machen; denn sie ist keine obligatio ex delicto, sondern obligatio ex re [also eine s. g. Umstandsobligation oder obl. ex lege, gegründet auf aequitas]; Erk. d. O.-A.-G. in Jena in Seuffert's Archiv Bd. VI. H. 1. S. 62.

Auch gegen einen Ehemann wird der Geschwächten eine Klage auf Abfindung unbedingt zuerkannt, s. Erk. d. O.-A.-G. in München in Seuffert's Archiv Bd. I. S. 237., und in Celle s. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. VI. no. 100., womit auch die neueren Gesetzbücher Preußens und Oesterreichs übereinstimmen.

Zu 4) Die meisten Rechtslehrer sind für die Bejahung dieser Frage, weil die Schwängerung nicht wesentlich zum Begriff des Stuprum gehört; Feuerbach Grundſ. d. peinl. Rechts §. 451. 2c., Glück Thl. XXVIII. S. 154. 2c., Busch a. a. O. §. 49., Gett a. a. O. §. 15. Anderer Meinung ist Hagemann in den prakt. Erörter. Bd. VI. no. 100., welcher diesfalls einer Entschädigungsklage gar nicht statt gibt. — Eine dritte Meinung s. Seuffert und Glück's Blätter für Rechtsanwendung Bd. V. S. 47. macht eine erlittene Verführung zur besondern Bedingung, scheint demnach die allgemeine Vermuthung hier nicht als zureichend anzunehmen.

Hat der Beklagte den Beischlaf mit der Klägerin eingeräumt, und steht die Zeit, wo dieser geschehen, zu der Geburt des Kindes im richtigen Verhältniß, so kann er der Verurtheilung nicht durch die Behauptung, daß immissio seminis nicht erfolgt sey, sich entziehen, s. Erk. d. O.-A.-G. in Dresden in Emminghaus sächs. Pandecten S. 402. no. 17., vergl. Hommel Rhaps. Obs. 569.

Zu 5) Allerdings; doch genügt auch eine der Zeit nach minder bestimmte Angabe, wenn mit dem ganzen ohne specielle Bestimmung angegebenen Zeitraum die Zeit der Entbindung in keinem Mißverhältniß steht, s. Busch a. a. O. §. 79.

Ueber den Fall, wenn die Klägerin einen bestimmten Tag angibt, von welchem sie ihre Schwängerung ableitet, der Beklagte aber einen andern in die kritische Periode fallenden Tag des Beischlafs angibt, welchen jedoch die Klägerin als den richtigen anerkennt, variiren die Erkenntnisse des O.-A.-G. in München, indem einmal der Klägerin aufgelegt wurde, die von ihr in der Klage behauptete Zeit des Beischlafs zu beweisen, ein ander Mal aber nur zu beweisen, daß der Beischlaf in der gesetzlich bestimmten kritischen Zeit, deren Grenzen der Beweissatz bezeichnete, stattgefunden habe, s. die in Seuffert's Archiv Bd. I. H. 2. no. 227. angeführten Erkenntnisse, ebend. S. 418.

Zu 6) Nach Einigen werden die Entbindungskosten der Paternitätspflicht zugerechnet, s. Glück Thl. XXVIII. §. 1288. a. S. 184., Quistorp rechtl. Bemerkungen Thl. I. no. 76. §. 3. S. 254. — wogegen Andere sie als Ausfluß der Entschädigung für die Geschwächte betrachten, weil die erstere Beziehung bei einem abortus oder einem todtgebornen Kind nicht möglich, die Verbindlichkeit aber doch auch in diesem Fall anerkannt ist, s. Busch a. a. O. S. 198. §. 149. Der Streit ist überflüssig, weil eine Verbindlichkeit unter verschiedenen Beziehungen gedacht werden kann. Die Kindbettkosten betrachten

Manche als 6wöchige Alimente für das Kind, s. Schmidt Commentar zu den gerichtlichen Klagen und Einreden §. 397., allein da allgemein angenommen ist, daß die Kindsalimente vom Tag der Geburt des Kindes zu laufen anfangen, und diese neben den Wochenbettkosten bestehen, so ist dieser Meinung wohl nicht beizupflichten, s. Busch §. 150. a. a. O., vielmehr sind dieselben als Vergütung der temporär verhinderten Erwerbsfähigkeit der Geschwächten zu betrachten. Die Geschwächte kann, wenn sie die Kindbettkosten vorschußweise verlangt, solche mit der cond. ex moribus, und wenn sie deren Wiedererstattung fordert, mit der act. negot. gest. contraria geltend machen. Ob die Klage auch auf außerordentliche Kosten einer Operation z. B. des Kaiserschnitts erstreckt werden könne, ist zweifelhaft. Die Tübinger Juristenfacultät urtheilte, obgleich in der Paternität des Schwängerers die Verbindlichkeit liegt, alle Kosten zu tragen, welche mit dem ersten Eintritt des erzeugten Kindes in die Welt verknüpft sind, dennoch verneinend, weil die von einer besondern verborgenen körperlichen Beschaffenheit der Geschwächten herrührenden Zufälle unter die Unglücksfälle zu rechnen seyen, für welche der Stuprator eben so wenig zur Privatsatisfaction als wegen des in der Geburt erfolgten Todes der Mutter ad satisfactionem publicam verbindlich sey; s. Kapff merkw. Rechtssprüche I. S. 257. [Das O.-A.-G. München gewährt der Geschwächten keinen Anspruch auf Ersatz der Kosten für Wohnung und Unterhalt während des Wochenbetts, oder des entgangenen Dienstlohns, unter Bezugnahme auf die Gerichtspraxis. S. Seuffert's Archiv Bd. XIV. No. 40. Vergl. jedoch Gett Rechtsverhältn. aus d. außerehel. Geschlechtsgemeinschaft §. 3. S. 8. Seuffert pract. Pand.-R. Bd. II. §. 427. Anm. 5. Arndts Pand. §. 348. Anm. 2. — Daß vom Schwängerer die Kurkosten, welche durch eine infolge der Entbindung entstandene Krankheit veranlaßt wurde, zu ersetzen seyen, hat das O.-A.-G. München anerkannt. Blätt. f. Rechtsanw. in Bayern, Bd. XXIV. S. 416.]

Zu 7) Allerdings, weil der Grund derselbe bleibt; s. Busch a. a. O. S. 202. §. 152.

Zu 8) Wenn schlechthin auf Ehelichung oder auch nur alternativ geklagt wird, nimmt man das geistliche Gericht als competent an. Boehmer J. E. P. Lib. II. Tit. II. §. 28. — Leyser Spec. 298., Hartitzsch Eherecht §. 144. — Beck, de eo, quod justum est circa stuprum Bd. I. c. 15. §. 4. — Busch a. a. O. §. 83. — was aber nach mehreren besonderen Landesgesetzen nicht, sondern vielmehr der ordentliche bürgerliche Gerichtsstand gilt, welcher in dem Fall, wo

schlechthin auf Entschädigung geklagt wird, um so unbedenklicher eintritt; s. J. H. Boehmer J. Eccl. P. a. a. O., G. L. Boehmer Princ. jur. can. §. 878., wenn gleich Einige auch in diesem Fall das geistliche Gericht für competent ansehen; Berger Electa Proc. matrim. pag. 277. §. 2., Schmidt öffentliche Rechtsansprüche Abschn. VI. no. 126. §. 3. u. 4.

Zu 9) Obgleich das Gesetz nur von einer Jungfrau spricht, weshalb Manche einer Wittwe die Zuständigkeit der Klage in Zweifel ziehen; s. Gett a. a. O. §. 7. Voet, Comment. ad. Pand. Vol. VI. Lib. 48. tit. 5. no. 4., so hat doch der Gerichtsgebrauch sich für die Identität der ratio legis und mithin auch für gleichen Anspruch einer ehrbaren Wittwe entschieden; s. Glück a. a. O., Gebr. Overbeck Med. Bd. VII. no. 361.

Zu 10) Durchaus nicht, zumal selbst bei der Jungfrau im c. 1. X. de adult. (5. 16.) vorausgesetzt wird, daß sie nondum desponsata gewesen sey; s. Busch a. a. O. §. 128. in nota.

Zu 11) Dadurch daß der Gerichtsbrauch von dem Gesetz ganz ausgeartet ist, und an die Stelle der reinen Tendenz des Gesetzes, die verletzte Sphäre der bürgerlichen Sitte und Ordnung wieder herzustellen, die ganz untergeordnete Rücksicht auf das Interesse der Geschwächten zur Hauptsache gemacht hat, ist man unvermeidlich in noch weitere Abirrungen gefallen, von welchen Controversen die natürliche Folge waren. Aus dem letzteren Standpunkt betrachtet, und aus dem überall gleichen Grund der präsumirten Verführung mußte man nun nothwendig die aufgeworfene Frage dahin bejahen, daß die Klage wenigstens auf Entschädigung übrig bleibe; Boehmer J. Eccl. Pr. Lib. V. T. 16. §. 12. und dies selbst dann, wenn das Mädchen das auf Seite des Mannes die Ehelichung verhindernde Verhältniß kannte; Hagemann prakt. Erörterungen Bd. VI. S. 404. §. 7., obgleich hier und da ein reinerer Sinn sich wenigstens für den letztern Fall dagegen sträubt; s. Mevii Dec. P. VI. tit. 5. not. 1. no. 9., Bardili de satisfact. stupratae. C. III. M. 3. no. 40., Beck a. a. O. §. 12. S. 138., Busch a. a. O. §. 131. not. 1., Voet Comm. ad. Pand. Lib. 48. tit. 5. §. 4.

In dem Fall, da der Schwängerer ein Ehemann war, entstand gegen die Befolgung des aus dem mosaischen Recht, nach welchem Vielweiberei erlaubt war, in das canonische Recht übergegangenen Princips der absoluten Verbindlichkeit des Schwängerers zur Ehelichung und Aussteuer ein gänzliches Hinderniß aus dem heutigen Verbot der Polygamie. Daraus schien aber nichts weiter zu folgen,

als daß nun das Mädchen kein Gesetz für sich anrufen durfte, und, weil kein Gesetz zu ihren Gunsten bestand, auf den Grundsatz zu verweisen war: Quod quis sua culpa damnum sentit, non sentire videtur, ihr mag nun Stand und Verhältniß ihres Schwängerers bekannt gewesen seyn oder nicht; denn, auch indem sie sich einem ganz unbekannten Mann zum Genuß überließ, kann sie von einer groben Schuld nicht freigesprochen werden; betrog er sie aber, so hat sie ohnedies eine andere Klage ex capite doli auf Entschädigung. Indessen, wie gesagt, hat der Gerichtsbrauch nur das Feld für Controversen eröffnet, und meistens zu Gunsten der Geschwächten entschieden; s. Kapff merkw. Rechtssprüche Bd. I. S. 260. no. 36. War der Schwängerer ein Ehemann, so sprechen die meisten Rechtslehrer dem Mädchen die Dotation unbedingt zu, (die Literatur hierüber s. Busch a. a. O. §. 131. not. 2. u. Glück Thl. XXVIII. §. 1288. S. 167., welcher selbst dieser Meinung folgt), und machen nur dann eine Ausnahme, wenn die Frauensperson sich von einem Ehemann unter dem Versprechen der Ehe schwängern ließ, während sie wußte, daß seine Frau noch lebe, siehe c. 1. 3. 6. X. de eo, qui duxit in matr. (4. 7.) c. 1. X. de controv. infidel. (3. 33.), Busch a. a. O. §. 131. Andere sprechen ihr die Dotation unbedingt, und wieder Andere in dem Falle ab, wenn sie wußte, daß sie mit einem Ehemanne zu thun habe.

War die Schwächung in verbotenen Verwandtschaftsgraden vorgegangen, so ist auch hier die Autorität Böhmer's in J. Eccl. P. Lib. V. tit. 16. §. 12. no. 16. für die Dotation, welcher Meinung auch beistimmen Gebr. Overbeck Med. Bd. I. no. 18., und die dort citirten Autoren Thomasius und Berger, desgleichen die Juristenfacultät zu Halle, dagegen jedoch die Juristenfacultät in Wittenberg und der Schöppenstuhl in Halle in dem von Gebr. Overbeck a. a. O. angeführten Rechtsfall wider die Dotationsverbindlichkeit gesprochen haben.

Eben so, wenn sich ein Christ mit einer Nichtchristin, oder eine Christin mit einem Nichtchristen vermischt hat, können für die Zulässigkeit des Dotationsanspruchs angeführt werden: Quistorp's Beiträge no. 47. not. f. pag. 706. — Gebr. Overbeck Meditt. Bd. XI. no. 581. — Hagemann prakt. Erörterungen Bd. VI. no. 100. §. 7. Dagegen Busch a. a. O. §. 131., Berger Oec. jur. in Addit. pag. 1214. no. II. u. a. m.

Desgleichen wenn ein katholischer Geistlicher oder Mönch die Schwächung verübt hat, statuiren Viele die Dotationsverbindlichkeit, s. Beck a. a. O. Bd. I. C. 4. §. 14. no. 1. Bardili a. a. O. Cap. III.

M. 3. no. 30. — und die dort Citirten, und wollen sie, wenn der Schwängerer ein Mönch war, dem Kloster auflegen, welchem er angehört. Boehmer J. E. P. Lib. V. tit. 16. §. 11. no. 2. Dagegen spricht in diesen sämmtlichen Fällen Busch a. a. O. §. 131. der Geschwächten jedes Klagrecht für ihre Person ab, ausgenommen wenn sie beweisen kann, von dem obwaltenden Ehehinderniß nichts gewußt zu haben.

Zu 12) Wenn man nicht, wie Manche, z. B. Hommel Vol. I. Obs. 19., ingleichen Wernher, Berger, Püttmann, Curtius u. A. einer zum zweiten und dritten Male geschwängerten Person dennoch immer eine Ausstattung zusprechen will, sondern der gemeinen Meinung folgt, daß ein nicht mehr besessenes Gut nicht mehr Gegenstand einer Erstattung seyn könne, so kann man auch keinen rechtlichen Grund zu dem Unterschied finden, ob dasselbe schon früher mit oder ohne Entschädigung verloren gegangen war, s. Glück Thl. XXVIII. S. 157., Boehmer J. Eccl. P. T. V. C. I. §. 11., Müller ad Leyser. T. VI. Fasc. I. Obs. 902. pag. 187., Gottschalk Disc. for. T. I. pag. 297.

Zu 13) Die Unbescholtenheit des Mädchens wird präsumirt, und deshalb ist es genug, daß sie zur Zeit des Beischlafs von unberüchtigtem Lebenswandel war; aus demselben Grund kann auch eine vage Behauptung, daß die Klägerin keine reine Jungfrau mehr sey, nicht berücksichtigt, sondern die Einwendung, daß sie schon vorher mit Einem oder mit mehreren Männern zu thun gehabt habe, muß durch specielle Thatsachen substantiirt, und nur über diese kann der Eid deferirt werden, nicht aber im Allgemeinen darüber, daß sie noch eine Jungfrau sey; Busch a. a. O. S. 100., Glück a. a. O. S. 157. u. 160., Leyser Med. Vol. IX. Spec. 583. M. 21—24., Schmid Diss. de exceptionibus stupratam a satisf. privat. repellentibus §. 13., Hagemann prakt. Erörter. Bd. VI. S. 403., Gett a. a. O. §. 22.

Zu 14) Es würde ihr desfalls gleichwohl die exc. vitae impudice actae entgegenstehen; Leyser Sp. 583. M. 24., Busch a. a. O. §. 52. S. 61.

Zu 15) Es wird vorausgesetzt, entweder daß die Frauensperson sich den Lohn bedungen, oder wenigstens das Gegebene als in der Absicht eines Lohns gegeben erkannt und angenommen hat. In diesen Fällen hat sie auf weitere Entschädigung factisch verzichtet, nicht aber durch Annahme freiwilliger Geschenke, besonders nach bereits vollzogenem Beischlaf; Glück a. a. O. S. 160., Hommel Rhaps. Vol. VI. Obs. 878., Tittmann Handbuch des deutschen peinl. Rechts Thl. III.

§. 571. not. k. Außerdem aber können auch Zuwendungen an eine vom Geber außerehelich geschwängerte Person nicht als ungiltig angesehen werden. Sie fallen weder in die Kategorie der turpis causa, noch sind sie als Schenkung zu betrachten; Erkenntn. d. O.-A.-G. zu Dresden, s. Wochenbl. f. merkw. Rechtsfälle 1852. S. 284.

Zu 16) Nur dann, wenn sie unaufgefordert und nicht im Gefolge früherer Vertraulichkeiten und vorhergegangener Verabredung gekommen ist; Glück a. a. O. S. 159. no. 2., Busch a. a. O. §. 129., Beck a. a. O. Bd. I. c. 4. §. 14. — Quistorp peinl. Recht §. 480. not. b. — Hagemann prakt. Erörterungen Bd. VI. no. 100. §. 6. — Gebr. Overbeck Meditt. Bd. VII. no. 362. §. 4.

Zu 17) Unstreitig dann, wenn

1) nach dem Beischlaf dem Ehevollzug ein Hinderniß ohne Schuld der Geschwächten entgegentritt. Den Fall, wenn ein solches schon zur Zeit des Beischlafs bestanden hat, aber der Geschwächten unbekannt war, s. oben zu 11.;
2) wenn ein schon vorhanden gewesenes Ehehinderniß erst nun bekannt wird; s. Busch a. a. O. §. 64.;
3) wenn der Schwängerer entweder erklärt, daß er sie nicht heirathen wolle, oder ihr unbedingt eine Ausstattung versprochen, oder nach dem Beischlaf sich mit einer anderen Weibsperson verehelicht hat; s. Leyser Sp. 583. Med. 5., Hommel Rhaps. Vol. I. Obs. 19. no. 2., Busch a. a. O. §. 65.
4) Zufolge der Regel, daß dann, wenn bei alternativen Verbindlichkeiten ohne Verschulden des Berechtigten ein Umstand eintritt, welcher die Wahl unmöglich macht, die andere Alternative nun pure eintritt, l. 16. pr. D. 45. 1., ist der Stuprator auch in dem Fall, wenn seine oder des Mädchens Eltern den ihnen zustehenden Consens zur Ehelichung aus gerechten Gründen verweigern, gleichfalls zur Dotation verbunden; c. 1. X. de adult. — Hommel Rhaps. Vol. I. Obs. 19. no. 3., Leyser Sp. 583. Med. 5., Glück Thl. XXVIII. S. 164., v. Hartitzsch Entscheid. S. 106. — gegen Voet in Comm. ad Pand. Vol. VI. Lib. 48. tit. 5. no. 4., welcher dem Mädchen desfalls gar keine Klage übrig läßt;
5) wenn er solche schuldhafte Handlungen begangen hat, welche selbst den Rücktritt von einem förmlichen Eheverlöbniß rechtfertigen würden; z. B. wenn er nachher eine Andere geschwängert hat, s. Gmelin Diss. de fatis et fundamentis oblig. stuprator. §. 27. pag. 62., wenn er ein Verbrechen begangen

oder grobe Ausschweifungen verübt, oder seine Religion geändert hat; s. Busch a. a. O. §. 68. u. 140., Glück a. a. O. §. 1288. S. 161.

6) Wenn in den Blättern für Rechtsanwendung Bd. V. S. 320. angenommen wird, daß die alternative Verbindlichkeit des Schwängerers sich, im Fall er die Geschwächte wegen Unvermögen zur Begründung eines häuslichen Nahrungsstandes nicht ehelichen kann, in eine pure obligatio ad dotandum auflöse, so muß eine unabänderliche Unvermögenheit vorausgesetzt werden. Denn außerdem hat selbst bei förmlichen Sponsalien nur eine den Umständen gemäße Zeitbestimmung statt, welche der Richter nach l. 17. D. 23. 1. sogar auf 4 Jahre und darüber bemessen kann.

Zu 18) Viele Rechtslehrer legen zwar dem zum Eheversprechen hinzugekommenen Beischlaf schlechterdings die Wirkung bei, rechtliche Mängel des Erstern zu decken, s. die bei Busch a. a. O. S. 82. not. 1 — 3. allegirten Autoren; namentlich Stryck Us. mod. Lib. 48. tit. 5. §. 20., Beck a. a. O. Bd. I. c. 8. §. 1., Hellfeld Jurispr. for. §. 1201., Albrecht Rechtsfälle Bd. I. S. 20. Bd. III. S. 350.; allein nach protestantischem Kirchenrecht wenigstens kann die aufgeworfene Frage nur dann bejahet werden, wenn ein giltiges Eheversprechen dem Beischlaf vorhergegangen war; s. Glück a. a. O. §. 71 — 77., Madihn Miscellen I. S. 264. Diejenigen, welche dem concubitus die suppletorische Wirkung einräumen, beschränken übrigens dieselbe auf die Voraussetzung, daß das Eheversprechen vor oder bei dem Beischlaf erfolgt sey; s. Albrecht Rechtsfälle Bd. II. S. 132., oder auch nur auf den ersteren Fall, ohne dem, was im Sinnenrausch der Leidenschaft versprochen wurde, einen Werth beizulegen. Fehlt es blos an der elterlichen oder vormundschaftlichen Einwilligung, da, wo diese zur Giltigkeit des Eheverlöbnisses nöthig ist, so kann diese gleichwohl nachgeholt werden, und ist sie nachträglich erfolgt, so kann der Schwängerer für sich nicht das vitium clandestinitatis entgegenstellen; Busch a. a. O. S. 87., v. Quistorp Beitr. S. 463., Pufendorf Obs. jur. univ. T. I. Obs. 72., v. Bülow und Hagemann prakt. Erörterungen Thl. IV. no. 65. — Dies scheint wenigstens die richtigere Meinung zu seyn, indem der dagegen von Busch a. a. O. S. 87. erhobene Zweifel, ob das, was ursprünglich nichtig ist, je giltig werden könne, sich durch den Unterschied zwischen absoluter und relativer Nichtigkeit heben dürfte.

Zu 19) In der Regel wohl, s. Hommel Obs. 227. und 597.,

Beckmann Cons. et Decis. T. II. Obs. 63. pag. 200., ausgenommen jedoch wenn der Schwängerer oder sonst Jemand sie durch Versprechungen zur Verschweigung des Verführers und zur falschen Angabe eines Dritten verleitet hätte; v. Quistorp peinl. Recht §. 430., Busch a. a. O. §. 115. S. 141. Jedenfalls wird hierbei eine vor Gericht zu Schulden gebrachte Varietät in der Paternitätsangabe vorausgesetzt; denn außergerichtliche Aeußerungen verschiedener Art würden nicht als Beweis gelten, s. Hommel a. a. O. Obs. 597., v. Quistorp a. a. O. und höchstens den Richter zur Auflegung des Reinigungseides bestimmen können; s. Busch a. a. O. §. 115.

Zu 20) Man nimmt gewöhnlich den Eintritt der Rechtskraft des Urtheils als den Anfangspunkt der mora eligendi an, s. Hommel Rhaps. Vol. I. Obs. 19., Hagemann prakt. Erörterungen Thl. VI. no. 100. §. 9., Berger Oecon. jur. Lib. III. Tit. XI. Th. 4. no. 7. Sicherer aber ist mit Glück a. a. O. S. 178. anzunehmen, daß das Judicat nicht ipso jure das Wahlrecht dem Stuprator benehme, daher die Stuprata, bevor sie sich anderweit verheirathet, dem Stuprator erst einen peremtorischen Termin setzen lassen müsse, in welchem er sich bei Verlust seines Wahlrechtes zu erklären habe, ob er die Geschwächte ehelichen oder dotiren wolle; s. Busch a. a. O. §. 66. Vergl. Seuffert's Archiv Bd. IX. No. 163.

Zu 21) Allerdings; s. Busch a. a. O. §. 62., doch werden diesfalls auch der Ehelichung Hindernisse gleicher Art häufig entgegenstehen.

Zu 22) Der Billigkeit nach bejaht diese Frage, weil der heimlich Entwichene in mora und in dolo versirt, Busch a. a. O. §. 67., Müller ad Leyser T. VI. Fasc. I. pag. 195., Jaeger Dissert. de fatis et fundamento obl. stuprator. §. 27. Nach strictem Recht möchte aber eine Edictalladung des Abwesenden nicht zu umgehen seyn.

Zu 23) Da der Beweis, daß sich die Stuprata Jedem Preis gegeben habe, zu schwierig ist, so nimmt man hier den gemeinen Ruf, daß dieselbe eine solche Person sey, für hinlänglich an; Leyser Spec. 583. M. 24., Busch a. a. O. §. 106., weil sie dann keine unbescholtene Person ist. [Als ein entscheidendes Moment ist die Lohnhurerei, also das Annehmen eines Lohnes für Gestattung des Beischlafs, anzusehen; es muß genügen, wenn dieses auch nur in Einem Fall nachgewiesen wird.]

Zu 24) Allerdings, aber nie ohne specielle factische Unterstellung oder Grundlage, mithin nicht auf so vage Weise: „Klägerin sollte schwören, daß sie in der kritischen Zeit sich nicht auch mit andern

Mannspersonen verunkeuscht habe." Die angesehensten Rechtslehrer verlangen eine specielle Substantiirung schon für das Vorbringen der exc. plurium concumbentium, wenn gleich hier wenigstens dem Satisfactionsanspruch der Klägerin gegenüber auf Specialien in Hinsicht auf Person, Zeit und Ort weniger anzukommen scheint; s. Busch a. a. O. 150., wie denn auch in Bayern die Zulässigkeit der gedachten Einrede in so unbestimmter Fassung durch einen Plenarbeschluß des Oberappellationsgerichts festgestellt worden ist, — s. königl. bayerisches Regierungsblatt v. J. 1841. S. 633., wogegen jedoch triftige Gegengründe aufgeworfen sind, s. Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung Bd. IV. S. 223. u. Bd. VI. S. 181., vielmehr darf der Eid nur über specielle Thatsachen und nicht nach einer leeren Formel zugeschoben werden. Wenn der Deferent selbst keine Individualität nach Zeit oder Ort oder Person zu behaupten vermag, sondern eigentlich nur über eine Eigenschaft der Klägerin ihr Gewissen rühren will, so maaße er sich nicht an, die ihr zustehende gute Vermuthung dadurch zu elidiren, daß er ihr einen Eid abfordert, der unter diesen Umständen nur ein Reinigungseid wäre, zu welchem man ohne besondere Verdachtsgründe nicht verpflichtet ist. Der Richter hat daher solche Eideszuschiebung zu verwerfen; s. Hommel Rhaps. Obs. 569. no. 2. — Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. IV. no. 69. Bd. VI. S. 403., Leyser Sp. 683. M. 21., Gottschalk Disc. for. T. III. pag. 119., Busch a. a. O. §. 124., Glück a. a. O. §. 1288. S. 163., Thibaut System des P. R. §. 1164. in f. Der Beklagte muß vielmehr entweder eine Person, mit welcher die Klägerin concumbirt haben soll, oder da alle Thatsachen in Zeit und Raum fallen, die Zeit und den Ort der behaupteten Thatsache bezeichnen.

Die von der exc. congressus cum pluribus, welche nach §. 5. d. k. sächs. Mandats vom 12. Nov. 1828. ausgeschlossen ist, verschiedene Einwendung, daß die stuprata zur Zeit des mit dem Beklagten verübten Beischlafs schon von einem Andern schwanger gewesen, kann nicht immer durch Eideszuschiebung erwiesen werden. Der Delatin muß die Möglichkeit gegeben seyn, über die ihr in das Gewissen geschobenen Wahrnehmungen mit Sicherheit zu urtheilen. Dies kann aber von einer zumal zum ersten Male schwangern Person in den ersten Monaten ihrer Schwangerschaft in Bezug auf diesen Zustand nicht angenommen werden. Es fehlt nicht an Beispielen, daß erfahrenere Frauen über ihre vermeintliche Schwangerschaft sich getäuscht haben; Hufeland und Harles Journal 1815. Bd. II. St. 3. S. 65. Besonders in der ersten Hälfte der Schwangerschaft sind alle Symptome

derselben höchst zweifelhaft und können die Frauenspersonen selbst in Ungewißheit lassen; Henke Lehrbuch §. 187., s. Erk. des O.-A.-G. zu Jena in Emminghaus Pand. S. 403. no. 22.

Zu 25) Nur dann, wenn der Beklagte beweisen kann, die begründeten Thatsachen erst später entdeckt zu haben; s. Busch a. a. O. §. 127. Es versteht sich übrigens wohl von selbst, daß Fehltritte, welche die Geschwächte nach dem erhaltenen Dotationsversprechen begeht, sie ihres Anspruchs aus diesem nicht verlustig machen.

Zu 25 a) Nach einigen Gesetzstellen scheint dies bejaht werden zu müssen, l. 4. §. ult. l. 5. 6. §. 3. D. 3. 2. intelligitur confiteri crimen, qui paciscitur. cf. l. 10. C. 9. 9. — l. 4. D. 49. 14. Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. II. tit. 15. §. 25. Lib. III. tit. 11. §. 18. Andere Rechtsgelehrte verstehen diese gesetzlichen Bestimmungen nur von einem nach der Litiscontestation eingegangenen Vergleich. Nach heutigem Gerichtsbrauch wird nur eine Vermuthung angenommen, s. v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. IV. S. 92.

Zu 26) Einige Rechtslehrer unterscheiden, ob der Verzicht vor oder nach dem Beischlaf geschehen sey und halten ihn nur im zweiten Fall für verbindend; s. Berger Oecon. jur. Lib. III. tit. XI. §. 4. not. 7. pag. 825. — Beck a. a. O. c. 4. §. 18., Hagemann a. a. O. Thl. VI. no. 100. §. 8. not 29. Andere erachten, mit Verwerfung dieses Unterschieds, den Verzicht in beiden Fällen für verbindend, im ersten Fall, weil da das Mädchen selbst als Verführerin erscheint; und im zweiten, weil da das Bedenken einer Uebereilung ex impetu amoris von selbst wegfällt; s. Glück a. a. O. §. 1288. S. 175.

Ob aber zur Giltigkeit des Verzichts einer noch unter elterlicher oder vormundschaftlicher Gewalt stehenden Person nicht jene Autoritäten nothwendig seyen, darüber kann man Meinungen der Rechtsgelehrten für die Negative wohl mit stärkerem Gewicht beibringen, als für die Affirmative. Denn wenn gleich letztere auf dem unbestrittenen Satz beruht, daß eine Minderjährige auf einen Zuwachs ihres Vermögens nicht ohne ihren Curator verzichten kann, und auch in Erwägung zu ziehen seyn mag, daß sie nicht allein, sondern auch ihre Eltern gewöhnlich dabei interessirt sind, daß der Tochter ihre Versorgung erleichtert werde, um von der auf ihnen ruhenden Last erleichtert zu werden, s. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. VII. no. 362. S. 74., so scheint es doch richtiger zu seyn, wenn man mit andern Rechtslehrern, z. B. Beck a. a. O. Bd. I. c. 4. §. 17., Hommel Rhaps. Obs. 878., Quistorp peinl. Recht §. 480., Busch a. a. O.

S. 180., dem Gesichtspunkt folgt, daß der alternative Anspruch der Geschwächten ein höchst persönlicher sey, wobei das Vermögensrecht nur in zufällige und untergeordnete Beziehung komme, und nicht einmal möglicher Weise von elterlicher oder vormundschaftlicher Autorisation abhängig gemacht werden könne. Weder Eltern noch Vormünder haben ein Recht, das Mädchen zur Verehelichung mit dem Schwängerer zu zwingen, verweigert diese das Mädchen ohne gesetzliche Gründe, nachdem der Schwängerer sich zu derselben bereit erklärt hat, so ist damit ihr Dotationsanspruch von selbst verloren. Das Mädchen kann ihn eben so wohl auch dadurch, daß sie sich bald darauf von einem Andern beschlafen läßt, verwirken, sie konnte im Voraus durch Annahme eines Lohns sich dessen begeben; kurz überall sind es Handlungen, welche in der persönlichen Freiheit des Mädchens, mithin außer dem Bereich der elterlichen und vormundschaftlichen Autorität liegen, und deshalb ist, wie Busch a. a. O. S. 180. bezeugt, der Gerichtsbrauch dafür, daß der Verzicht des Mädchens auch ohne jede Autorisationen oder Consens verbindend sey.

Zu 27) Nein; denn wenn ein Glied der alternativen Verbindlichkeit nur durch Zufall unmöglich wird, so muß gleichwohl das übrig bleibende Object prästirt werden; s. Busch a. a. O. §. 140., S. 187.

Zu 28) Sie kann weder den Lohn einklagen, nam generaliter novimus, turpes stipulationes nullius esse momenti; l. 26. D. 45. 1. — l. 5. C. 4. 2. — l. 3. u. 4. D. 12. 5., noch kann sie auf die gewöhnliche condictio ex moribus zurückgehen, weil sie unter diesen Umständen als feile Dirne erscheint, indem sie mit einem unschätzbaren Gut Handel treibt, mithin exc. vitae impudice actae ihr unbezweifelt entgegensteht; s. Busch a. a O. §. 145. S. 195., Gebr. Overbeck Medit. Bd. VII. no. 362. §. 3., Beck a. a. O. Bd. I. c. 4. §. 15., Stryck Us. mod. Pand. Lib. 48. tit. 5. §. 22., cf. Hommel Rhaps. Obs. 878., Tittmann Handb. d. peinl. Rechts Thl. III. §. 571.

Zu 29) Den Vertrag, daß die stuprata zu Verschweigung des stuprator gegen Abfindung verbunden seyn solle, erkennt das O.-A.-G. in Jena für ein negotium turpe, s. Emminghaus a. a. O. S. 406. no. 39. So auch Busch Recht der Geschwächten S. 143. Entgegengesetzt entschied das O.-A.-G. in Dresden, Emminghaus a. a. O. S. 406. no. 36. das Verschweigen einer Thatsache könne als factum turpe nur dann angesehen werden, wenn eine Verbindlichkeit zur Anzeige besteht; nur wenn Verheimlichung eines Verbrechens oder Anzeige eines Dritten wider die Wahrheit zugesagt worden, könnte ein anderer Gesichtspunkt eintreten. Wohl liegt dem Kinde und dem Staat daran,

den Vater zu erfahren, aber die bloße Angabe der Mutter genügte dafür doch nicht. Es sey zu beachten, daß einfache Unzucht nicht mehr strafbar ist, also l. 4. §. 4. l. 5. D. 12. 5. nicht mehr anzuwenden sind. Obschon l. 2. l. 5. C. 4. 7. auf Unsittlichkeiten Bezug nehmen, so ergebe doch die Zusammenstellung mit der cond. ob injustam causam, indem die Unterlage beider sich nur wie Zweck und Grund unterscheidet, daß die Römer den Begriff von turpitudo bei der cond. ob turp. caus. nicht so allgemein aufgefaßt haben. Uebereinstimmend ist ein Erkenntniß desselben Gerichtshofes; daß eine causa turpis dann nicht erfindlich sey, wenn die Vereinigung nicht dahin ging, daß ein falscher Name bei der Taufe des Kindes gebraucht und in das Kirchenbuch eingetragen werde; s. Seuffert's Archiv Bd. VI. S. 222. Daß übrigens das bereits bezahlte Schweiggeld nicht wieder zurückgefordert werden könne, unterliegt keinem Zweifel, s. Glück Thl. XIII. S. 52.

Zu 30) Keineswegs; denn da der Stuprator kein Wahlrecht hatte, so verliert er nichts durch die spätere Handlung der Geschwächten, und rücksichtlich ihres Entschädigungsanspruches kommt nichts auf die späteren Handlungen derselben an, sondern es ist nur auf die Zeit der Schwängerung zu sehen; s. Glück a. a. O. §. 1288. S. 161., v. Quistorp rechtl. Bemerk. Bd. I. no. 76., Gebr. Overbeck Meditt. no. 362. §. 5., Busch a. a. O. 187.

Zu 31) In 30 Jahren; die 5jährige Präscription gilt nur der Strafe; s. Busch a. a. O. §. 147. S. 197., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. VII. no. 362. §. 7.

Zu 32) Bei Beleuchtung der höchst streitigen Frage: nach welchen Gesetzen die aus dem außerehelichen Beischlaf abgeleiteten Verbindlichkeiten zu entscheiden seyen? müssen wir zuvörderst den Gesichtspunkt einer Delictsobligation gänzlich hinwegweisen. Zwar behauptet ihn noch v. Savigny System Bd. VIII. S. 279. u. 527. not. g. mit Beziehung auf die Reichspolizeiordn. v. J. 1530. tit. 33., v. J. 1548. tit. 25. u. v. J. 1577. tit. 26., allein mit den Gesetzgebungen neuerer Zeit läßt sich diese Ansicht wohl nicht vereinigen; s. vorzüglich v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 260. S. 553. der VI. Aufl., daher sie auch durch einen Plenarbeschluß des Obertribunals in Berlin v. 21. Novbr. 1849., s. Justizministerialblatt Jahrg. XII. no. 5. S. 50., gleichwie durch Erkenntnisse des Oberappellationsgerichts in München verworfen worden ist, s. Seuffert's Blätter f. R.-A. Bd. VI. S. 182. no. 3. Bd. XIV. S. 188. Immer noch bleibt aber die Wahl zweifelhaft zwischen den Domicilsgesetzen des Beklagten und den Ge-

setzen des Orts, wo der Beischlaf vollzogen worden ist.*) Für die Letzteren sind anzuführen: Langenn u. Kori Erörter. Bd. III. S. 18., Braun Dictate zu Thibauts P.-R. §. 56., und dafür hatte sich früher auch das k. bayerische Oberappellationsger. entschieden; s. die allegirten Blätter f. R.-A. Bd. VII. S. 336., welches aber später die erstere Entscheidung für die Domicilgesetze des Beklagten ergriffen hat, s. ebend. Bd. XIV. S. 187. u. Seuffert's Commentar zur bayer. Ger.-O. Bd. I. S. 245., womit auch die Praxis des k. würtembergischen Obertribunals übereinstimmt; s. Sarwey Monatsschrift für die Justizpflege in Würtemberg Bd. XIII. S. 244. Gleichwohl scheint die letztere Ansicht, welche das O.-A.-G. in Jena adoptirt hat, auf überwiegenden Gründen zu beruhen, welche auf dem Satz fußen, daß, wenn die Frage entsteht, ob und was für Verbindlichkeiten, unmittelbar aus einer freien Handlung entstehen, nur die Gesetze, unter deren Herrschaft sie ausgeübt wurde, entscheiden können. Die Entscheidungsgründe des eben angeführten Erkenntnisses lauten: „Nach constanter Praxis des hiesigen Gerichts werden die Verpflichtungen des Schwängerers nach den Gesetzen des Orts, wo sie begründet wurden, beurtheilt." Es ist ein in der Natur der Sache beruhender und fast allgemein anerkannter Grundsatz, daß auf der einen Seite jeder Staat das Recht hat, von den Ausländern, die sich in ihm aufhalten, für ihre dort vorgenommenen Handlungen Unterwerfung unter das in ihm geltende Gesetz zu fordern; ferner ist es Grundsatz, daß ein nach ausländischem Gesetz giltig erworbenes Recht überall geltend gemacht werden kann, wo ihm nicht ein Prohibitivgesetz entgegensteht, arg. l. 8. pr. in f. D. 17. 1. Daraus folgt, daß, wenn ein Inländer durch eine im Auslande begangene Handlung nach dortigen Gesetzen gegen dortige Unterthanen eine Verbindlichkeit contrahirt haben würde, er an sich dadurch allerdings nach dem dortigen Gesetz obligirt, und das von dem Ausländer gegen ihn erworbene Recht auch im Inlande nach ausländischem Gesetz beurtheilt werden muß. Der Grundsatz locus regit actum leidet zwar manche Ausnahme, aber nicht im gegenwärtigen Fall. Die Geschwächte darf aus der mit dem Ausländer verübten That keine andere Verbindlichkeit des Letztern

*) Oder richtiger: unter deren Herrschaft der Beischlaf vollzogen worden ist. Der Ort kann nämlich, wie Seuffert im Commentar zur Bayer. Gerichtsordn. Bd. I. S. 245. bemerkt, ein sehr zufälliger seyn, z. B. auf dem Heimweg von der Kirchweih, in einem Walde, wo sich beide Theile begegneten, der Sitz der Person, welcher aus ihrer Handlung Rechte oder Verbindlichkeiten erwachsen sollen, bleibt aber dadurch unverändert.

ansprechen, als welche die Gesetze, unter welchen sie delinquirte, mit sich bringen. Auch die privatrechtlichen Wirkungen des Delicts stehen vermöge ihrer accessorischen Natur (s. Martin Civilproceß §. 54. Ed. XI.) unter demselben Gesichtspunkt. Die Geschwächte ist nicht befugt, ihren Ansprüchen Gesetze unterzulegen, welche ihr selbst durchaus fremd sind, welche sie auf keine Weise verletzt und denen sie auch sonst sich nicht unterworfen hat. Auch die Verbindlichkeiten des Schwängerers können, abgesehen selbst von der obigen, allerdings nicht unbedingten Regel, keine anderen seyn, als welche den Rechten der Klägerin entsprechen. Gar kein Gewicht ist darauf zu legen, wo der Schwängerer der Erfüllung seiner Pflichten sich geweigert hat; es kommt auf den Ort der Entstehung derselben, nicht der Weigerung an, s. Emminghaus Pand. des gemeinen Sächsischen Rechts S. 52. u. 53. no. 6. u. 9.

Zu 33) Der Werth verminderter Hoffnung auf eine standesmäßige Heirath ist eigentlich der Maaßstab der Dotation oder Entschädigung. Hauptsächlich sieht man daher auf den Stand der Geschwächten, weil sich hiernach vorzüglich die Bestellung des Heirathsguts richtet, und der Stand die Ansprüche erhöht, wenn auch das Mädchen dem künftigen Gatten nichts als ihre jungfräuliche Ehre und Schönheit zubringen könnte. Sind ihre Eltern bemittelt, so pflegt man wohl auch darauf Rücksicht zu nehmen, wie viel diese ihren andern Kindern zur Aussteuer geben, s. Glück a. a. O. S. 181., wogegen jedoch Busch a. a. O. §. 100. no. 1. u. §. 101. no. 3. sich erklärt. Bei Wittwen nimmt man auf Stand und Würde ihres verstorbenen Mannes Rücksicht; s. Boehmer J. E. P. Lib. V. Tit. 16. §. 13. Nur secundär können die Vermögensumstände des Schwängerers in Betracht kommen; s. Glück a. a. O. S. 181; sie können höchstens einen negativen — nach Andern, z. B. Busch a. a. O. §. 101. no. 4., gar keinen Einfluß haben.*)

Zu 34) Fast alle Rechtslehrer statuiren keinen absoluten Zwang zur Ehe, nam libera debent esse matrimonia, sagen die Gesetze. — Der widerspenstige Theil soll daher zu einer verhältnißmäßigen Abfindung und Kostenerstattung verurtheilt, die Ehe aber durch richterliches Erkenntniß in Absicht auf ihre bürgerlichen Wirkungen zum Vortheil der Geschwächten und ihres Kindes als vollzogen erklärt werden. Eben so wenn der Tod des Bräutigams oder ein anderer

*) [Nach der Sächs. Praxis fällt der niedrigste Betrag der Ausstattung (wenn beide Theile ganz geringen Standes sind) auf 15—20 Thlr. herab, steigt bei mittleren Personen auf 100, in einzelnen Fällen bis auf 1000 Thlr.]

Zufall die Vollziehung der Ehe unmöglich macht; s. Busch a. a. O. S. 91. —

Zu 35) Nein, sondern sie kommt inter chirographarios zu stehen; s. Glück a. a. O. §. 1288. S. 180., Beck a. a. O. Bd. I. c. 5. §. 9.

Zu 36) Ja; s. Busch a. a. O. S. 125. no. 3., Hommel Rhaps. Obs. 430., Lyncker Dec. 504., nur muß die Paternität gewiß seyn; dann aber kann nach dem Gerichtsbrauch auch dann, wenn das alternative Klagrecht der Geschwächten wegfällt, der Entschädigungsanspruch auch an den Lehenseinkünften geltend gemacht werden; s. Busch a. a. O. S. 202. ꝛc.

Zu 37) Es ist wohl keinem erheblichen Zweifel unterworfen, daß die Klage der Geschwächten sowohl active als passive transitorisch ist (transit ad et in heredes); s. Glück a. a. O. §. 1288. S. 170. — Dem ungeachtet divergiren die Rechtslehrer sehr in Beantwortung der Frage, ob den Erben der Geschwächten noch das Recht zustehe, die Ausstattung einzuklagen, welche diese bei Lebzeiten nicht erhalten hat. Ganz ungegründet ist wohl die Meinung Einiger, daß die Erben des Schwängerers nun deswegen frei seyen, weil die demselben zustehende Wahl zwischen Ehelichung und Ausstattung nun nicht mehr gewährt werden könne; s. Voet, Comm. ad Pand. Lib. 48. tit. 5. §. 5., denn der Tod ist ein Zufall, und ein solcher befreit keineswegs von einer alternativen Verbindlichkeit, sondern verwandelt sie vielmehr in eine einfache, s. Archiv f. d. civilist. Prax. Bd. I. S. 310. — auch scheint kein hinlänglicher Grund vorhanden, um mit Schmidt im Commentar über Klagen und Einreden §. 395. das Klagrecht der Erben der Geschwächten auf den Fall zu beschränken, wenn der Schwängerer die Entschädigung versprochen gehabt, oder sie zu ehelichen gezögert hätte, und sie darüber verstorben wäre; denn wenn Einmal der Geschwächten das Recht erworben war, so bedarf es auch für die Erben keines weitern Erwerbsgrundes ex pacto vel mora mehr. Noch weniger dürfte mit Beck de eo quod just. est circa stuprum Bd. I. c. 5. §. 1. gegen die für alle reipersecutorischen Klagen geltende Regel des transitus ad heredes hier die Verbindlichkeit der Erben nur auf den Fall einer schon bei Lebzeiten gegen den Schwängerer erlangten Verurtheilung einzuschränken seyn. Wenn die Klage der Geschwächten nicht als Injurienklage betrachtet werden kann, sondern als eine Entschädigungsklage für die ihr durch überwiegende Schuld des Stuprators entzogene oder erschwerte Gelegenheit zur Verheirathung, so kann auch die transitorische Eigenschaft der Klage nicht bezweifelt werden. Mehrere behaupten, die Geschwächte müsse wenigstens bei Lebzeiten den

Schwängerer zu einer Leistung aufgefordert haben, denn außerdem wäre anzunehmen, daß sie mit Fleiß geschwiegen und die Sache nicht habe kund werden lassen wollen; s. Glück Thl. XXVIII. §. 1288. S. 175., Hommel Rhaps. Vol. VI. Obs. 878. — wogegen Busch a. a. O. §. 90. S. 110. bemerkt, daß dies nur dann gelten könnte, wenn die Sache absichtlich geheim gehalten worden und dadurch unbekannt geblieben wäre. Die meisten Rechtslehrer sprechen daher den Erben der Geschwächten unbedingt das Klagrecht auf Entschädigung zu; s. Busch a. a. O. §. 87.; Boehmer J. Eccl. P. T. V. L. V. tit. 16. §. 8., Glück a. a. O. S. 171. — es mag schon bei Lebzeiten geklagt und lis contestirt worden seyn oder nicht. Eine Ausnahme findet jedoch natürlich dann statt, wenn der Stuprator sich bei Lebzeiten beider Theile bereit zur Ehelichung erklärt hat; denn dann würden die Erben der Stuprata so wenig, als diese selbst es gekonnt hätte, auf Entschädigung klagen können, und eben so wenig könnte die Stuprata die Erben des Stuprator auf Entschädigung belangen, wenn dieser nach getroffener Wahl, aber vor Vollzug der Ehelichung und ohne in moram versetzt zu seyn, gestorben wäre. — Vergl. Seuffert's Archiv Bd. XIII. No. 316.

Zu 38) Nein; denn das c. 1. X. de adulter. (5. 16.) setzt ausdrücklich virginem nondum desponsatam voraus, indem sie die Rechte des Dritten nicht verletzen durfte; s. Michl Kirchenrecht §. 61. S. 283., Schott Einl. in d. Eherecht §. 152. in not. Busch a. a. O. §. 22.

Zu 39) Nein, weil in diesem Fall der Grund wegfällt und die Geschwächte dann nicht mehr dem Schwängerer zu einer fides sponsalitia vel quasi verpflichtet war, insbesondere aber nach einmal freiwillig getroffener Wahl und vollends, wenn der Schwängerer schon ad dotandum verurtheilt war, nicht gesagt werden kann, daß die Klägerin dem Beklagten durch ihre Schuld das Wahlrecht benommen habe; s. Glück a. a. O. Bd. XXVIII. S. 161., Meister prakt. Bemerk. aus dem Civil- und Criminalr. Bd. I. no. 12. Hätte aber der Schwängerer nicht bereits erklärt, die von ihm Geschwächte nicht heirathen zu wollen, so ist ihre Klage auf Entschädigung ohne Zweifel hinfällig, weil sie dem Verklagten das Wahlrecht benommen hat. Dawider greift auch der Einwand, daß der Stuprator bei der Wahl in mora gewesen sey, nicht Platz, so lange der Beklagte zur Heirath oder Entschädigung noch nicht rechtskräftig verurtheilt ist; Glück Thl. XXVIII. S. 177. 2c., Busch a. a. O. §. 138.

Zu 40) Die Meinungen hierüber sind verschieden. Die ver-

neinende stützt sich auf den Grund, daß eine bereits erloschene Verbindlichkeit nicht wieder aufleben könne; s. Glück a. a. O. S. 161., Busch a. a. O. §. 189. Andere dagegen, z. B. Becker Diss. an stuprata ab alio jam in matrimonium ducta dotem a stupratore adhuc petere possit §. 6. Giessae 1787. — und Quistorp in den rechtl. Bemerk. Thl. I. no. 76. S. 252. bejahen die Frage aus dem Grund, weil das erlittene stuprum als Grund der verlorenen Ehre eben das wirken müsse, was dasselbe als Grund der verlorenen Aussicht auf den Ehestand wirkt. Dieser Meinung sind auch Gebr. Overbeck in den Meditt. Bd. VII. no. 362. Eine dritte Meinung geht dahin, daß der Schwängerer alsdann verbunden bleibe, wenn er den Anschlag dazu gegeben oder darein gewilligt hat, daß das Mädchen einen Andern heirathe; s. Beck a. a. O. Bd. I. c. 3. §. 15. et aut. ibi cit.

Zu 41) Es ist kein Grund vorhanden, den vom Erblasser bestimmt und ausdrücklich genannten Fall der anderweiten Verheirathung willkürlich auf andere Fälle auszudehnen, vielmehr muß im Zweifel die dem Honorirten günstige Auslegung angenommen werden; s. Erk. d. O.-A.-G. in Jena in Emminghaus' Sächs. Pand. S. 673. no. 14.

---

§. 49.

2. Von den Rechtswirkungen des unehelichen Beischlafs in Beziehung auf die aus demselben erzeugten Kinder und ihre Erzeuger.

1) Wem liegt zunächst die Verbindlichkeit zur Ernährung eines außer der Ehe erzeugten Kindes ob?

2) Wem dann, wenn der Vater unvermögend ist? — Sind dann die Großeltern dazu verpflichtet und zwar noch vor der Mutter des Kindes, oder nur wenn diese unvermögend ist? und sind dann die beiderseitigen Großeltern, oder nur die von der mütterlichen Seite, oder Eine vor den Andern verpflichtet?

3) Haben auch die Taufpathen eine solche Verbindlichkeit?

3a) Fällt die Alimentationsverbindlichkeit des unehelichen Vaters alsdann hinweg, wenn er den Beischlaf in einem Zustand mangelnder Imputabilität, z. B. im Rausch, oder unter irriger Personenverwechslung verübt hat?

4) Ist der natürliche Vater auch liberos adulterinos und incestuosos zu ernähren verbunden?
5) Wer hat die Paternitätsklage anzustellen?
6) Was liegt der Klägerin zu beweisen ob?
7) Was für ein Zeitraum gilt für den natürlichen Zusammenhang des gepflogenen Beischlafs und der erfolgten Geburt? Gehört die Frage über Reife des Kindes oder über die Uebereinstimmung der Zeit der Conception und der Geburt zur Beweislast der Klägerin oder zum Gegenbeweis des Beklagten?
8) Von welchem Zeitpunkt an und bis zu welchem Zeitpunkt beginnt und dauert die gesetzliche Alimentationspflicht, und wann wird jede einzelne Frist fällig?
9) Kann der natürliche Vater das Kind unbedingt zur Selbstverpflegung verlangen?
10) Wenn ihm aber bereits durch rechtskräftiges Erkenntniß eine pecuniäre Vergütung für die Alimentation des Kinds an dessen Mutter zu leisten auferlegt worden ist, kann er sich auch dann durch Uebernahme des Kindes in Selbstverpflegung von der Geldpräftation frei machen?
10 a) Ist der Stuprator auch verbunden, auf seine Kosten seinem natürlichen Sohn ein Handwerk lehren zu lassen?
11) Kann, wenn Stuprator und Stuprata zweierlei Confessionen angehören, die Mutter das Kind in ihrer Religion erziehen lassen?
12) Steht dem unvermögenden Stuprator und auch dessen ehelichen Descendenten das beneficium competentiae zu?
13) Kann der Stuprator auch schon bei noch unentschiedener Paternitätsfrage per Decretum interimisticum zur Zahlung der Alimentengelder angehalten werden?
14) Ist der natürliche Vater auch zur Bestreitung der Begräbnißkosten im Todesfall des Kindes verbunden?
15) Gilt ein Vergleich, welchen er mit der Mutter des Kindes für bisherige und künftige Alimente desselben geschlossen hat?
16) Ist der Vergleich auch dann beiderseits verbindend, wenn statt eines zu erwartenden Kindes Zwillinge zur Geburt kommen? oder
17) wenn ein todtes Kind zur Welt kommt? oder
18) wenn es so schwächlich und krüppelhaft ist, daß es auch nach

zurückgelegtem 14. Lebensjahr sich sein Brod unmöglich verdienen kann?

19) Befreit die erwiesene exc. plurium concumbentium von der Alimentationsverbindlichkeit gegen das Kind, dessen Vater unter solchen Umständen ungewiß bleibt?

20) Wie muß diese Einrede substantiirt werden?

21) Steht allenfalls den Costupratoren ein Regreß unter sich zu?

22) Wenn die Mutter in der Angabe des Vaters variirt, zuerst den A., nachher den B. angegeben hat, ist dann die exc. congressus cum pluribus für hinlänglich constatirt anzunehmen?

23) Wenn die Paternität nicht hinlänglich bewiesen werden konnte, was für Grundsätze sind dann in Ansehung der Auflage des Erfüllungs- oder des Reinigungseids zu beobachten?

24) Wenn der Beklagte die Einrede entgegensetzt, daß er gar nicht zeugungsfähig sey, und der durch Sachverständige zu führende Beweis nicht zur Vollständigkeit gelangt, kann dann dem Erfüllungseide statt gegeben werden?

25) Können die von einem gesetzlich dazu nicht Verpflichteten gereichten Alimente wieder zurückgefordert werden, und zwar von Dem, welchem sie gegeben worden sind? ingleichen von Dem, welcher eigentlich zu deren Leistung verbunden gewesen wäre?

26) Geht die Alimentationspflicht auch auf die Erben des Schwängerers über?

27) Nach welchen Gesetzen ist die Paternitätsverbindlichkeit zu beurtheilen, wenn die Gesetze des Domicils und des Orts der verübten Schwängerung verschieden sind?

28) [Gibt es eine Klage auf Anerkennung unehelicher Kindschaft?]

29) [Kann vor der Entbindung die Alimentenklage angestellt werden?]

Zu 1) Dem natürlichen Vater und zwar vor der Mutter sowohl, als allen andern möglichen Subjecten dieser Verbindlichkeit. Darüber ist der Gerichtsbrauch entschieden; Glück Thl. XXVIII. S. 183. 209. 215., Boehmer J. Eccl. P. Lib. X. tit. 16. §. 14. Ueber den eigent-

lichen Grund dieser Verbindlichkeit vergl. die Abhandlungen von Heerwart in Linde's Zeitschr. Bd. V. S. 309. u. XVII. S. 327., Schröter im civilist. Archiv Bd. XVII. no. III., Busch ebend. Bd. XXIII. S. 216. [Während nach Schröter a. a. O., Busch und Schömann in der Zeitschr. f. Civilr. N. F. Bd. II. No. 4. der bloße Akt der Erzeugung die Alimentationsverbindlichkeit begründen soll, charakterisirt Heerwart besser den Entstehungsgrund als Vaterschaft, also als ein verwandtschaftliches Band. Dem tritt v. Vangerow Bd. I. §. 260. Anm. 1. unter Verwerfung der Deliktstheorie und der Schröter'schen Auffassung, bei und führt die praktische Bedeutung dieser Streitfrage aus, namentlich in Betreff der Fragen, welchen Einfluß die exceptio plurium concumbentium habe, inwiefern ein adulterinus zu alimentiren sei, ob transitus actionis ad heredes stattfinde, nach welchen Ortsgesetzen die Alimentationspflicht zu beurtheilen, ob Imputabilität von Einfluß, und ob auch der Vater des unehelichen Erzeugers zur Alimentation des Enkels verpflichtet sei. Eine weitere hieher gehörige Frage ist die unten zu Fr. 12. beantwortete, bei welcher vom Verf. der ganz richtige Gesichtspunkt gewählt worden ist.]

Zu 2) In Ansehung der secundären oder subsidiären Alimentationsverbindlichkeit variiren die Stimmen der Rechtsgelehrten sowohl als auch die neueren Gesetzbücher. Der Meinungen sind viererlei:

a) Einige schieben in Ermangelung des Vaters zunächst der Mutter die Alimentationsverbindlichkeit zu, und wenn diese oder deren Eltern nicht mehr am Leben oder unvermögend wären, den väterlichen Ascendenten. — Kapff merkw. Civilrechtssprüche der höchsten und höhern Gerichtshöfe in Würtemberg Bd. I. S. 267., Wernher Obs. T. I. P. I. Obs. 134., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. VII. no. 367. — Curtius Handb. d. in Kursachsen geltenden Civilrechts §. 154. Diese Meinung ist auch in die Gesetzgebung Bayerns übergegangen; s. Cod. Maximilianeus Bavar. Civilis Thl. I. Kap. 4. §. 7.

b) Andere halten die väterlichen Ascendenten noch vor der Mutter für verpflichtet. Stryck Usus mod. Pand. Lib. 25. tit. III., Lauterbach Coll. th. pr. Lib. 25. tit. 3., Voet. Comm. ad Pand. Lib. 25. tit. 3. §. 7., Berger Oecon. Jur. Lib. III. tit. 11. §. 4. no. 7., Beck de eo, quod justum est circa stuprum Bd. I. c. 6. §. 5., Pufendorf Obs. jur. univ. T. IV. Obs. 166. §. 5., Albrecht Entscheid. merkw. Rechtsfälle Bd. II. no. 68., Bardili de satisf. stupratae C. 3. M. 7. no. 81. Diese Meinung scheint in mehreren deutschen Gerichtshöfen, namentlich

in Hessen=Cassel und Hannover, angenommen zu seyn; s. Ledderhose Versuch einer Anleit. zum Hessen=Casselschen Kirchenrecht, Busch Rechte geschwächter Frauenspersonen S. 345., und ist auch in das preuß. Landrecht Thl. II. Tit. II. §. 628. u. 629. übergegangen.

c) Andere legen die nächste Verbindlichkeit zwar der Mutter, aber subsidiär den beiderseitigen Großeltern in gleichem Verhältniß auf. Boehmer J. Eccl. P. T. V, Lib. V. Tit. 16. §. 14., Malblanc Princ. Jur. Rom. P. I. §. 122. p. 127., Hommel Diss. de ordine alim. §. 14., Dr. Popp ausgewählte Rechtsfälle entschieden bei dem Oberappellationsgericht und Appellationsgericht in Nürnberg Bd. I. S. 167.

d) Die meisten Rechtsgelehrten aber sind der Meinung zugethan, daß den väterlichen Ascendenten unter keinerlei Umständen die Alimentation des unehelichen Enkels obliege. — Mencken Diss. de avo paterno ad alimenta nepoti illegitimo praestanda non obligato. Lips. 1712. — Knorr de alim. a matre liberi praestand. C. 2. §. 7. — Lembke de discrim. obl. et ab eo pendente ordine aliment. §. 45—51. — Huber Praet. jur. civ. Lib. 25. tit. 3. no. 9. — Gmelin über die Präjudicialklage de partu agnoscendo pag. 85. §. 35. — Westphal's Rechtsgutachten Bd. I. Buch 25. Tit. 3. §. 3. — v. Quistorp Beitr. no. V. Koch Instit. jur. crim. §. 280. — Walch Introductio in controv. jur. civ. Sect. I. Cap. 2. Membr. 2. §. 6. pag. 98. — Lindner Diss. de oblig. alendi liberos illegit. §. 26. u. 27. — Hufeland Lehrb. d. gem. Civilr. Thl. II. §. 857. not. b. v. Bülow u. Hagemann pr. Erörterungen Bd. IV. S. 357. — Günther Princ. jur. rom. §. 447. — Busch Rechte geschwächter Frauenspersonen §. 170. S. 260—268. — v. Vangerow Pand. §. 260. no. 6.*) — Thibaut System d. P. R. §. 348. — Hellfeld jurisprud. for. §. 1289. — Schweppe röm. Privatr. Bd. IV. §. 728. — Gett die Rechtsverhältnisse der außerehelichen Geschlechtsgemeinsch. §. 11. — Glück Thl. XXVIII. §. 1288. u. 1289. S. 223. Damit stimmt die

---

*) [v. Vangerow nimmt einen anderen Standpunkt ein, als die meisten Anderen, denn während diese die Obligation auf ein Delikt gründen und folglich eine Verbindlichkeit des Großvaters unmöglich annehmen können, erklärt sich v. Vangerow ausdrücklich für die Möglichkeit einer gewohnheitsrechtlich begründeten Verbindlichkeit; nur verneint er eine solche Gewohnheit als gemeines Recht.]

Praxis des O.=A.=G. in München, s. Seuffert's Archiv Bd. IV. S. 96. u. Blätter für Rechtsanw. Bd. II. S. 393., sowie des O.=A.=G. in Cassel s. Strippelmann's Samml. Thl. V. Abthl. 2. S. 654. überein. — Dieser Ansicht ist auch das k. k. österreichische Gesetzbuch, s. v. Zeiller's Commentar Bd. I. S. 371. — zu §. 167. u. S. 324. zu §. 143. gefolgt. Es unterscheidet zwischen ehelichen und unehelichen Kindern. Nur gegen erstere statuirt es eine subsidiäre Verbindlichkeit der Großeltern, wenn weder der Vater, noch die nächst diesem verpflichtete Mutter am Leben oder bei Mitteln sind, und diesfalls vorzugsweise auf väterlicher und nur secundär auf mütterlicher Seite. Uneheliche Kinder fallen hiernach der Mutter, und wenn diese arm ist, mit ihr ihren Eltern, außerdem aber den Armenanstalten anheim. — Damit ist auch wohl die richtigste Entscheidung der vorliegenden Frage gegeben. Denn abgesehen davon, daß nach den römischen Gesetzen in Ansehung der väterlichen Alimentationspflicht nur von legitimen Kindern die Rede ist, l. 5. §. 2. D. 25. 3. — l. 8. §. 5. C. 6. 61. und, wie Glück in der Intestaterbfolge §. 128. und im Comm. Thl. XXVIII. S. 224. bemerkt, selbst bei den aus gesetzlich erlaubtem Concubinat erzeugten Kindern die Alimentationspflicht nicht auf die väterlichen Großeltern erstreckt ist, so ist wenigstens so viel gewiß, daß zwar l. 5. §. 3. u. 4. D. 25. 3. eine Alimentationspflicht der Mutter und des mütterlichen Großvaters gegen die unehelichen Kinder ausspricht, die Großeltern des Kindes auf väterlicher Seite aber weder im römischen Recht, noch in den einschlägigen Stellen des canonischen Rechts, c. 5. X. de eo, qui duxit in matrimonium (4. 7.) u. c. 13. X. qui filii sint legitimi (4. 17.) angezogen sind. — Vergl. auch Seuffert's Archiv Bd. XI. No. 240.

In der Natur der Sache liegt aber auch kein Grund dazu; denn von einer caritas sanguinis kann im Angesicht des geistlichen und weltlichen Rechts offenbar nur bei ehelichen Descendenten die Rede seyn, und vielmehr wollen die Gesetze, daß die lästigen Folgen unerlaubter Handlungen niemals unschuldige Dritte treffen sollen; l. 74. D. 50. 17.

Ob eine Verbindlichkeit der väterlichen Großeltern etwa dann eintreten könne, wenn diese selbst ihren Sohn in Ausschweifungen unterstützt, oder durch Duldung darin bestärkt hätten, s. Quistorp Beitr. no. V., Bülow u. Hagemann a. a. O.

Bd. IV. no. 70. §. 11. S 371., Glück a. a. O. Thl. XXVIII. S. 223. — ist eine nicht hierher gehörige, sondern in die Lehre von der culpa zu verweisende Frage.

Zu 3) Die von Einigen behauptete Affirmative, s. Stryck Usus mod. Pand. L. 25. Tit. III. §. 8 und Müller ad Struv. T. II. Ex. 30. th. 78. ist ohne alle gesetzliche Grundlage und bei Protestanten, welche keine cognatio spiritualis kennen, von selbst hinfällig.

Zu 3 a) Nein, es kann keinen Unterschied machen, ob die Handlung mit oder ohne Absicht geschah; s. v. Vangerow Pand. §. 260. not. 4., Heerwart im Archiv. f. civilist. Praxis XIV. S. 438. und Seuffert's Archiv Bd. XII. No. 162.

Zu 4) Ja; nach einem unbestrittenen, auf c. 5. X. de eo, qui duxit in matrim. sich begründenden Gerichtsbrauch, Glück Thl. XXVIII. §. 1288 a), s Busch a. a. O. S. 285. et autor. ibi cit., Thibaut System d. P. R. Bd. I. §. 348. — Leyser. Sp. 583. — Boehmer J. Eccl. P. Lib. V. Tit. 16. §. 14. — Beck a. a. O. Bd. I. cap. 6. §. 2. S. 191. — Spangenberg im Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. I. no. V. — Dunze ebendas. Bd. XII. S. 115. — Schröter in Linde's Zeitschrift Bd. V. S. 303., obgleich wichtige Bedenken nach der Theorie entgegen stehen. Raucher daselbst Bd. III. no. XXVI. bezüglich Auth. ex complexu Cod. de incestis et inutilibus nuptiis. — Nov. 89. c. 15. — cap. 13. X. qui filii sunt legitimi.

[v. Vangerow Bd. I. § 260. No. 2. erinnert dagegen an den Satz: pater est, quem justae nuptiae demonstrant und bemerkt demgemäß: Der mit der Ehefrau eines Anderen Concumbirende komme nur dann als Vater rechtlich in Betracht, und könne also auch nur dann zur Alimentenleistung genöthigt werden, wenn nachgewiesen werde, daß die Zeugung durch den Ehemann unmöglich war. Diese auch von Heerwart Arch. f. civ. Praxis Bd. XVII. No. 3. verfochtene Ansicht entspricht jener Theorie, nach welcher die Alimentationspflicht des unehelichen Erzeugers auf seiner Vaterschaft beruht, welcher im vorliegenden Falle die gesetzliche Vermuthung der Vaterschaft des Ehemanns entgegensteht. In diesem Sinne hat auch das O.-A.-G. Wiesbaden erkannt: s. Seuffert's Archiv Bd. X. No. 54. Vergl. Buchka-Budde Entscheidungen des Rostocker O.-A.-G. Bd. III. No. 38.]

Zu 5) Der Vormund des Kindes in Verbindung mit der Mutter, deren Concurrenz gewöhnlich wegen des Beweises unentbehrlich ist; Busch a. a. O. §. 192., Beck a. a. O. pag. 531. Der Person der Mutter des unehelichen Kindes kann die act. de partu

agnoscendo, wie gleichwohl in einem Erkenntniß des O.=A.=G. in München, s. Seuffert's Archiv Bd. II. H. 1. S. 62. geschehen und in Seuffert's Blättern f. Rechtsanw. Bd. XXI. S. 30. zu vertheidigen gesucht worden ist, wenigstens nach gemeinem Recht nicht zugestanden werden, und ist vielmehr einer entgegengesetzten Entscheidung des O.=A.=G. in Dresden, s. Wochenbl. f. Rechtsf. 1847. no. 52., beizupflichten. Ohne Zweifel kann der Mutter nur die Alimentenklage als Altersvormünderin des Kindes, und diese auch selbst dann zugestanden werden, wenn sie in der früher wider den Schwängerer erhobenen Alimentenklage liti et causae entsagt hat; §. 4. J. 2. 18., Glück Thl. II. S. 63. Vergl. Seuffert's Archiv Bd. XI. No. 43.

Zu 6) Es ist nicht, — wie wohl Manche dafür halten, s. Schmidt Lehrb. v. gerichtl. Klagen 2c. §. 398. und Hofinger über das Rechtliche in außerehelichen Schwängerungen S. 21 2c. — nöthig, daß die Klägerin die wirklich erfolgte Schwängerung oder die immissio seminis beweise, über welche auch keine Eidesdelation nach dem Gerichtsbrauch zulässig wäre; s. Busch a. a. O. S. 272. not. 2. u. 698. — Hommel Rhaps. Obs. 569. — Hagemann's Erörterungen Bd. VI. no. 100. — Glück a. a. O. S. 184. — Beck Bd. I. cap. 11. §. 1. S. 383. — Wernher P. IV. Obs. 542. — Kind Qu. for. T. IV. cap. 9. S. 32 — Wohl aber hat sie zu beweisen:

a) die Thatsache des Beischlafs unter Angabe von Zeit und Ort,
b) die Geburt eines Kindes und einen solchen Zeitpunkt derselben, welcher nach Naturgesetzen einen Zusammenhang zwischen Conception und Geburt begründen kann.

Dies scheint wenigstens die richtigere Ansicht zu seyn; s. Bülow u. Hagemann a. a. O. Bd. II. no. 59., Günther Princ. jur. Rom. §. 447., obgleich Viele behaupten, daß nach eingestandenem und erwiesenem Beischlaf ohne Weiteres zu präsumiren sey, daß das Mädchen von demselben schwanger und ihr Concumbent der Vater des Kindes sey; Stryck Usus mod. Lib. 48. tit. 5. §. 23. — Leyser Sp. 323. Med. 1. — Beck a. a. O. Bd. I. c. 6. §. 11. — v. Quistorp rechtl. Bemerk. Thl. I. no. 76. — Boehmer de action. S. II. C. 1. §. 29. — Hommel Rhaps. Obs. 569. u. A. m., s. Busch a. a. O. §. 210. in not. 1. Im entgegengesetzten Extrem steht Hofinger, wenn er in der Abh. über das Rechtliche in Schwängerungssachen S. 26 2c. das Beweisthema nicht auf den Beischlaf, sondern unmittelbar auf die Paternität gerichtet wissen will.

Zu 7) Es besteht zwar darüber eine Verschiedenheit der Mei=

nungen, ob die in den Gesetzen sich findenden Normalzeiträume auf uneheliche Kinder anwendbar seyen, weil sie nach l. 11. C. 5. 27. — u. Nov. 89. c. 8. nur in favorem liberorum gegeben zu erachten, und an uneheliche Kinder um so weniger dabei gedacht seyn konnte, als diese im rechtlichen Sinn vorher gar keinen Vater hatten. Dieser von Selchow, Behrmann, Lindner, Beck, v. Bülow u. A. m. vertheidigten Meinung steht jedoch die Mehrzahl der juristischen und medicinischen Schriftsteller entgegen, welche von dem Gesichtspunkt ausgehen, daß eine, nach l. 12. D. 1. 5. aus den Naturgesetzen geschöpfte und in die bürgerliche Gesetzgebung übergegangene Bestimmung einer solchen Distinction nicht unterworfen seyn könne; Leyser Sp. 15. Med. 2., Beck a. a. O. Bch. I. cap. 6. §. 14., Hommel Rhaps. Obs. 604., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. X. M. 525. — und die dort angeführten Autoren Berger, Ludovici, Wernher u. A. m., Mende Handb. der gerichtl. Medicin Thl. II. §. 50. S. 229., Mezger System der gerichtl. Arzneiwissenschaft §. 282. S. 294. not. a., Bülow u. Hagemann pr. Erörter. Bd. IV. no. 68., Schweppe röm. Privatr. §. 728. Es wird daher bei unehelichen wie bei ehelichen Kindern als kürzester Zeitraum von der Conception bis zur Geburt der 7. Monat oder der 182. Tag — nach l. 3. fin. D. 38. 16. — Thibaut P. R. §. 366. — Glück a. a. O. §. 116. u. §. 1287. e., nach der Meinung der meisten neueren Aerzte aber, s. Henke von Früh- und Spätgeburten Kap. 2. S. 298. — ingleichen Haller, Mezger, Gruner, Mende, Kopp u. A. m. der 210. Tag angenommen, womit die Praxis übereinstimmt, s. Glück a. a. O. S. 191. — Leyser Sp. 15. Med. 2. — Beck a. a. O. Bch. I. cap. 6. §. 15., und wobei der Schalttag als ein besonderer Tag mit in Berechnung kommt, s. Gett a. a. O. §. 32. — l. 2. D. 44. 3. — Der längste Zeitraum ist ein 10monatlicher nach l. 3. §. 11. D. 38 16. — l. 29. pr. D. 28. 2. — l. 4. C. 6. 29. — Die neueren Aerzte sind übrigens in Ansehung des Endpunktes verschiedener Meinung, indem Manche die Spätgeburten ohne einen terminus ad quem unbedingt annehmen, die Meisten jedoch die Spätgeburten nur bis zu einem gewissen Zeitpunkt in foro für giltig erachten, und zwar Manche, namentlich Hebenstreit in Anthropol. for. Sect. II. C. 1. §. 13. bis zum ersten und zweiten Tage des 11. Monats, Andere, namentlich Teichmaier C. IX. qu. 15., nach Umständen eine 11—12monatliche Geburt. — Die Leipziger medicinische Facultät erkannte eine 12monatliche Geburt als ehelich an, und die Helmstädter sogar ein 13monatliches Kind. — Osiander gibt eine Verspätung von 6 Wochen über

das gewöhnliche Ziel zu; s. Busch a. a. O. §. 216. in not. — Mende im Handb. der gerichtl. Medicin Thl. II. Kap. 6. S. 303 ꝛc. lehrt: „daß eine Spätgeburt bis zum Ende des 11. Mondmonats, mithin bis zum 308. Tage recht wohl stattfinden könne, daß späterhin aber diese Möglichkeit mit jedem Tage abnehme, und bis zum 322. Tage gänzlich verschwinde." *)

In allen Fällen wird jedoch bei Früh- und Spätgeburten vorausgesetzt, daß sie die diesen eigenthümlichen Merkmale an sich tragen. Deren genaue Beschreibung s. Mende a. a. O. §. 102. u. 134. —

Zweifelhaft ist es übrigens, ob die Geschwächte auch die specielle Uebereinstimmung der vorhandenen Leibesfrucht nach ihrer eigenthümlichen Beschaffenheit mit dem angegebenen Zeitpunkt des Beischlafs und der daraus präsumirten Conception zu beweisen habe, oder ob der Beklagte beweisen müsse, daß nach Verhältniß der Zeit, vom Beischlaf bis zur Niederkunft gerechnet, dieses Kind schlechterdings nicht von ihm erzeugt seyn könne. Busch a. a. O. §. 215. behauptet das Erstere, gesteht aber selbst §. 233., den Gerichtsbrauch gegen sich zu haben; mehr als die Möglichkeit im Allgemeinen wird nirgends der Klägerin zu beweisen auferlegt; um eine concrete Unmöglichkeit zu beweisen, wird daher der designirte natürliche Vater das Kind sofort nach seiner Geburt besichtigen lassen müssen; s. Busch a. a. O.

Richtiger Ansicht zufolge sind die Nativitätstermine eben deswegen in den Gesetzen festgestellt, um medicinische Erörterungen in jedem einzelnen Falle zu vermeiden, und die Entscheidung über die Legitimität eines Kindes nicht in jedem einzelnen Falle von den doch immer sehr schwankenden und unzuverlässigen Kennzeichen, auf welche die Sachverständigen ihr Gutachten begründen müßten, abhängig werden zu lassen; s. Seuffert rechtswissenschaftl. Abhandl. no. V. S. 111., Göschen Vorlesungen über d. gem. Civilr. S. 146. Es ist daher zu verwerfen, wenn Glück Thl. XXVIII. S. 141. annimmt, daß die Legitimitätsfrage allemal erst von der Untersuchung der Kunstverständigen abhängig bleiben soll. Vielmehr ist in den römischen Gesetzen die Absicht, eine feste Rechtsregel aufzustellen, l. 12. D. 1. 5. — l. 3. §. 11. D. 38. 16. — l. 29. pr. D. 28. 2. — l. 4. C. 6. 29., unverkennbar, und dieselbe Tendenz haben auch die neueren Gesetzgebungen. Z. B. das österreichische Gesetzbuch erklärt Kinder,

*) [Einige Rathschläge über die passende Bezeichnung der Conceptionszeit nach den Kalendertagen in der Klage sowie in der Eidesformulirung gibt Ackermann i. d. Zeitschr. f. Rechtspfl. und Verw. N. F. Bd. XVII. S. 289–296.]

welche im 10. Monat geboren sind, für ehelich geborene, und nur die nach dem 10. Monat geborenen Kinder unterwirft es, wenn die Rechtmäßigkeit ihrer Geburt bestritten wird, der Untersuchung der Kunstverständigen; s. v. Zeiller's Commentar Bd. I. S. 315., und das Preußische Landrecht Thl. II. Tit. II. Abschn. I. §. 19. verordnet auch bestimmt, daß ein Kind, welches bis zum 302. Tage nach dem Tode des Ehemanns geboren worden, für ein eheliches Kind desselben zu achten sey.

Zu 8) Die Verbindlichkeit zur Alimentation, welche in Vorauszahlungen zu geschehen hat, beginnt sogleich mit der Geburt des Kindes und dauert so lange, bis das Kind sich selbst zu ernähren vermag, mithin bei körperlicher und geistiger Imbecillität fortwährend, außerdem wenigstens bis zu erlangter Pubertät, nach der Praxis jedoch insgemein bis zum zurückgelegten 14. Lebensjahre; Glück a. a. O. Thl. XXVIII. S. 200. u. 205., Lindner Diss. cit. §. 7., Busch a. a. O. S. 359. Vergl. Seuffert's Archiv Bd. XI. No. 41.

Indessen kann sich die Alimentationspflicht auch früher endigen, wenn das Kind zu eigenem hinlänglichen Vermögen gelangen würde; Thibaut System d. P. R. §. 350., Glück a. a. O. §. 1285. S. 58., Busch a. a. O.

Zu 9) Ein vorzügliches Recht des einen oder andern Theils ist in den Gesetzen nicht speciell bestimmt. Der Grundsatz: wer ein Kind zu ernähren verbunden ist, könne auch verlangen, daß ihm dasselbe zur Erziehung überlassen werde, ist zwar von Vielen behauptet, s. Berger Oecon. jur. Lib. III. tit. XI. th. 4. no. 7., Lindner Diss. cit. §. X., Glück a. a. O. S. 202., Beck a. a. O. Bd. I. cap. VI. §. 9., Stryck Us. mod. Lib. 48. tit. 5. §. 27., Hommel Rhaps. Obs. 416., jedoch, da selbst der legitime Vater nach l. 1. §. 3. l. 3. §. 5. D. 43. 30. — nach Umständen von der Mutter ad liberos exhibendos angehalten werden kann, nur mit der Modification, daß das richterliche Ermessen als Entscheidungsnorm in concreten Fällen gelten muß; l. 3. §. 5. D. 43. 30. — l. 2. C. 5 49. — Kapff merkw. Civilrechtssprüche I. S. 262. — Popp ausgewählte Rechtsfälle S. 151. — Busch a. a. O. §. 274. — Leyser Supplem. Sp. 14. Med. 35. u. 36., wobei indessen — wie vorzüglich von Glück in den Blättern für Rechtsanwendung Bd. II. S. 101. ausgeführt ist, — wohl in das Auge zu fassen seyn wird, daß uneheliche Kinder eigentlich der Mutter angehören, mit welcher sie auch durch gegenseitiges Erbrecht verbunden sind, weshalb ihr vorzüglich deren Erziehung zuzukommen und obzuliegen scheint, l. 1. §. 3. l. 3. §. 5. D. 43. 30. — l. 19.

l. 24. D. 1. 5. — lex naturae hoc est, ut, qui nascitur sine legitimo matrimonio, matrem sequatur cf. l. 1. C. 5. 49. — daher müßten dem Vater besondere Gründe zur Seite stehen, z. B. Körper- oder Geistesschwäche der Mutter, unsittlicher Lebenswandel oder ein solches Erwerbsverhältniß derselben, welches die gehörige Pflege des Kindes nicht gestattet, oder wenn dasselbe nach Verlangen des Vaters einem solchen Stande gewidmet werden soll, wozu schlechterdings männliche Erziehung und Ausbildung nöthig ist; s. Glück a. a. O. S. 201., Hommel Rhaps. Obs. 416., Kind Qu. for. T. IV. Cap. 2.

Unbedingt wird dem natürlichen Vater, welchem ja nirgends Rechte, sondern nur Verbindlichkeiten in den Gesetzen beigelegt sind, ein Recht, das uneheliche Kind bei sich zu ernähren, abgesprochen von Kämmerer in Elver's Themis Bd. II. S. 202. und in dem dort allegirten Erkenntniß der großherz. mecklenburg. Justizcanzlei umständlich ausgeführt. Als Gegner erscheint Heerwart im Archiv für civilist. Praxis Bd. XIV. S. 442. — indem er Alles aus dem Gesichtspunkte einer Verbindlichkeit auffaßt, nicht aber eines Rechts, und wer die principale Verbindlichkeit der Alimentenreichung erfüllen wolle, nicht zu einem Surrogat angehalten werden könne. Dieses Urtheil setzt aber gerade das Wichtigste in der Sache, nämlich das Erziehungsrecht, woran es den Parteien hauptsächlich gelegen ist, ganz bei Seite. Das österreichische bürgerl. Gesetzbuch Thl. I. Kap. III. §. 168. räumt das Erziehungsrecht der Mutter ein, und der Vater muß ihr die Verpflegungskosten reichen, so lange nicht bei ihr das Wohl des Kindes Gefahr läuft. Dieses Gesetzbuch ist daher dem gemeinrechtlichen Princip treu geblieben, welches wir auch in einer Entscheidung des Oberappellationsgerichts in Wolfenbüttel bekräftigt finden, s. Jurist. Magazin v. J. 1832. Hft. II. S. 121. — Das preußische Landrecht läßt, nachdem das Kind das 4. Lebensjahr zurückgelegt hat dem Vater die Wahl zwischen Naturalverpflegung oder Vergütung in Geld; s. Thl. II. Tit. II. §. 622. — Vergl. auch Seuffert's Archiv Bd. XII. No. 163.

Zu 10) Für die bejahende Meinung spricht Busch a. a. O. S. 370. u. Glück in den Blättern f. R.-A. Bd. II. S. 103., indem er annimmt, das Wahlrecht, welches das Gesetz dem außerehelichen Vater einräumt, bedürfe eines richterlichen Vorbehaltes im Erkenntniß nicht, indem im Erkenntniß nur die Verbindlichkeit gegen das Kind als das Wesentliche, der modus aber nicht als das Positive, sondern als zufällige Nebensache zu betrachten sey, daher er auch in dieser Beziehung keine Rechtskraft des die Alimentenzahlung auflegenden

Erkenntnisses annimmt. Ganz dieser Ansicht entgegen hat die großherzogl. mecklenburg. Justizcanzlei in Schwerin entschieden: Da Beklagter in termino primae cognitionis seine Befugniß für die Ernährung des mit der Klägerin erzeugten Kindes selbst zu sorgen, nicht vorgeschützt, so finden seine jetzigen Vorschützungen contra rem judicatam nicht statt; s. Elvers' Themis II. S. 206. Diese Entscheidung hat dieses für sich, daß eine speciell ausgedrückte judicatmäßige Verbindlichkeit, sowie jede andere Verbindlichkeit praecise zu erfüllen ist, und dem Gläubiger nicht aliud pro alio aufgedrungen werden kann, mithin der Verpflichtete sich desfalls in der Verhandlung um so mehr vorsehen mußte, als die dem gesetzlichen Recht der Mutter entsprechende Bestimmung im Urtheil nicht als ein unwesentlicher oder bedeutungsloser Theil desselben angesehen werden kann, womit auch Heerwart im Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. IV. S. 447. übereinstimmt. — In so weit kann man indessen unzweifelhaft mit Glück a. a. O. übereinstimmen, daß eine obervormundschaftliche cognitio causae nie ausgeschlossen seyn könne, daher später hervortretende gewichtige Umstände immerhin quoad modum eine Aenderung in der judicatmäßig festgestellten Verbindlichkeit begründen können.

Zu 10 a) Da der uneheliche Vater nur zu alimenta naturalia verbunden ist, und in diesen nicht wesentlich die Abrichtung des Sohnes zu einem Handwerk liegt, indem er sich ja zu einem Bauern verdingen kann, so wurde diese Frage von dem würtemberg. Oberhofgericht verneinend entschieden; s. Kapff merkw. Civilrechtssprüche I. S. 270.

Zu 11) Ohne Zweifel, weil natürliche Kinder zur Familie der Mutter gehören; s. Glück a. a. O. Thl. XXVIII. S. 201. — Klein Annalen der Gesetzgebung und Rechtspflege in den preuß. Staaten Bd. I. S. 9.

Zu 12) Unbezweifelt steht es dem Stuprator zu, indem die röm. Gesetze von Kindern ohne Unterschied sprechen, und auch uneheliche Kinder nach dem Naturrecht ihrem Vater Hochachtung schuldig sind, l. 17. D. 42. 1. — l. 6. D. 2. 4. — Glück a. a. O. Thl. XXVIII. S. 207. — Wernher Obs. T. II. P. VII. Obs. 85. — Lindner Diss. cit. §. 16., auch scheint die Ausdehnung des benef. comp. auf die ehelichen Descendenten des Schwängerers keinem erheblichen Bedenken zu unterliegen, l. 25. D. 42. 1. — Gett a. a. O.; s. Busch a. a. O. S. 363., welcher jedoch die von Quistorp in d. rechtl. Bemerk. Thl. I. no. 76. no. 6. behauptete Ausdehnung auf alle Erben des unehelichen Vaters verwirft, weil dieses beneficium höchst persönlich ist.

Zu 13) Mehrere Rechtslehrer bejahen diese Frage, vorausgesetzt, daß der Beklagte eines mit der Zeit der Niederkunft harmonirenden Beischlafs geständig oder überführt ist; Beck a. a. O. Bd. I. c. 6. §. 11. u. 12. — Wernher P. I. Obs. 63. — Glück Thl. XXVIII. §. 1290. e. S. 291., bezüglich der l. 5. §. 9. l. 7. D. 25. 3. — Thibaut System d. P. R. §. 367. (Ed. 8.) — Leyser Sp. 323. Med. 1. u. 2. — Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 25. tit. 3. §. 15. — Quistorp rechtl. Bemerk. Thl. I. no. 76. — Gottschalk Discept. for. T. I. pag. 131. — und finden in dem dagegen von Busch a. a. O. §. 230. aufgeworfenen Bedenken, daß auch der geständige Beklagte nicht vor Vernehmung und Entscheidung über seine Einreden einer Execution unterworfen werden könne, keinen Abhaltungsgrund, weil die Auflage nur interimistisch gilt.

Zu 14) Der Gerichtsbrauch hat den Grundsatz angenommen, wer Jemand zu alimentiren schuldig war, muß ihn auch begraben lassen, versteht sich, wenn dieser keine eigenen Mittel hinterläßt, nam de suo quemque funerari convenit, l. 13. l. 14. §. 1. D. 11. 7. — Glück a. a. O. §. 771. S. 419. und §. 1288. a. S. 206. — Busch a. a. O. §. 275. —

Zu 15) Als Regel muß man annehmen, daß der Vergleich in Ansehung künftiger Alimente für das Kind nicht anders, als wenn er gerichtlich und mit Zustimmung des Vormunds und der Obercuratel abgeschlossen worden ist, verbindend sey; Leyser Sp. 583. Corr. 2. — Thibaut System d. P. R. §. 922. — Gebr. Overbeck Med. 283. — Glück a. a. O. Indessen können Minderjährige gegen jedes ihnen nachtheilige Rechtsgeschäft Restitution auch dann erlangen, wenn es obervormundschaftlich bestätigt worden ist. Vergl. Seuffert's Archiv, Bd. X. No. 263.

Ob übrigens ein solcher Vergleich, oder auch schon ein datum pro redimenda vexa die Folge habe, daß der Transigent oder Geber nun ohne Weiteres als der Vater des Kindes zu erklären sey, so lange er nicht das Gegentheil beweist, wie Leyser Sp. 583. Med. 1. u. Corr. 2. und Beck a. a. O. Bd. II. c. 9. §. 2. annehmen, wird zunächst nach Beschaffenheit des Falles zu beurtheilen seyn.

Zu 16) Wenn der Vergleich nur für die Alimentation eines bevorstehenden Kindes geschlossen ist, so können die Alimente immer noch für das andere Kind gefordert werden, weil der Vergleich nicht ad non cogitata ausgedehnt werden kann; Hommel Rhaps. Obs. 589. — Busch §. 284. S. 385. — Gett a. a. O. S. 107.

Zu 17) Dann kann das Bezahlte — wenn es blos für die

Alimente und nicht zugleich für die Entschädigung der Geschwächten gegeben war, denn diesfalls ist eine Ausscheidung, wie sie Busch a. a. O. 387. will, kaum rechtlich ausführbar, s. Gett a. a. O. S. 105. -- allerdings zurückgefordert werden, weil die stillschweigende Voraussetzung der verglichenen Prästation fehlt. Auf kürzeres oder längeres Leben des Kindes kann übrigens keine Rücksicht genommen werden.

Zu 18) Wenn nicht über die Alimente schlechthin auf so lange als das Kind deren bedürfen wird, transigirt worden ist, so wird der außerordentliche Fall nicht im Vergleich begriffen erachtet; s. Busch a. a. O. §. 286. — Gett a. a. O. S. 106. gründet die nämliche Meinung auf den Einfluß eines Irrthums in essentialibus, was mit der rechtlichen ¿Natur eines Vergleichs schwer zu vereinbaren seyn möchte. — Die Fassung des Vergleichs wird übrigens in jedem besondern Fall die Interpretation verschieden bestimmen können.

Zu 19) Die natürlichste und wohl auch richtige Beantwortung dieser Frage wäre wohl diese: wenn bewiesen ist, daß die Geschwächte in der kritischen Zeit mit mehreren Männern concumbirt habe, so sey der willkürlich gewählte Beklagte von dem Paternitätsanspruch ganz loszusprechen; denn die von Einigen versuchte Distinction, ob die Geschwächte wisse oder nicht, welche unter den mehreren Stupratoren der Erzeuger des Kindes sey, s. Geiger und Glück merkw. Rechtsfälle Bd. II. no. 24. S. 136. und Glück Thl. XXVIII. §. 1288. a. S. 198. — führt auf einen zu schlüpfrigen und für den rechtlichen Beweis ganz unbrauchbaren Standpunkt. Eben so wenig kann die Maxime gebilligt werden, daß unter mehreren Stupratoren derjenige haften soll, dessen Beischlaf mit der Niederkunft nach dem gewöhnlichen Verlauf am besten zusammentrifft, und wenn Alles gleich steht, eher eine Frühgeburt, als eine späte Geburt zu vermuthen sey, wie Waldeck in den Controversen-Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Wolfenbüttel Bd. I. no. XII. annimmt, dagegen von Busch in Elvers' Themis Bd. II.. S. 190. genugsam widerlegt ist. Bekanntlich fallen alle zeitigen Geburten in einen Umfang von 14 Tagen; was für ein Tag unter diesen könnte da entscheiden? Der wirkliche Vater ist unter solchen Umständen nicht auszumitteln, daher auch die römischen Gesetze von solchen Kindern sagen: quasi nullum patrem habent. Die Präsumtion, welche aus dem natürlichen Zusammenhang zwischen dem Beischlaf und einer in der Zeit zusammentreffenden Entbindung geschöpft zu werden pflegt, ist nur bei einem ausschließenden Umgang zweier bestimmter Subjecte beiderlei Geschlechts möglich, durch

die Concurrenz mehrerer Concumbenten aber wird der gedachte Zusammenhang zwischen Object und Subject aufgehoben, und die Vermuthung verliert in Beziehung auf den männlichen Theil alle subjective Richtung. A posse ad esse non valet consequentia.

Der Richter kann weder allen, noch einem der mehreren Stupratoren die rechtlichen Folgen der Paternität aufbürden. Die Ansicht hatten auch mehrere Facultäten und Gerichtshöfe, wie bezeugt wird von Wittenberg in Wernher Obs. T. II. P. VI. Obs. 395., von Helmstädt bei Leyser Sp. 322. Med. 9., von dem obersten Gerichtshof in Cassel bei Cannegieser Decis. T. III. no. 84., von der Juristenfacultät und dem Schöppenstuhl in Leipzig bei Carpzov Jurispr. eccles. Lib. II. Def. 81., und von den würtembergischen Justizcollegien in Kapff merkw. Rechtssprüche no. 38.; s. auch Thibaut System d. P. R. §. 348., Busch a. a. O. §. 247., Gett a. a. O. Die römischen Gesetze leiten von selbst zu diesem Resultat, wenn sie von den vulgo quaesitis sprechen, qui patrem demonstrare non possunt, l. 23. D. de statu hominum und l. 5. §. 4. D. 25. 3. ergo et matrem cogemus, praesertim vulgo quaesitos liberos alere. —

Selbst ein Concubinenkind wurde unter solchen Umständen als ein filius quasi sine patre betrachtet. Der in dieser Materie so mächtig vorragende Gerichtsbrauch hat indessen eine andere Ansicht sehr allgemein verbreitet, welche vorzüglich aus dem irrigen Begriff eines Delicts und einer daraus entspringenden solidarischen Verbindlichkeit der mehreren Stupratoren entstanden zu seyn scheint, wobei übrigens noch übersehen wurde, daß, wenn von einem Delict die Rede seyn könnte, doch die mehreren Stupratoren keineswegs ein gemeinschaftliches Verbrechen begehen, sondern Jeder eines für sich. Das Kind, meint man, könne doch nicht vaterlos bleiben, und demnach soll Dem, welcher des Beischlafs geständig oder überwiesen ist, die Vertretung der möglichen Folgen obliegen. Dieser ex favore partus angenommene Grundsatz, s. Glück Thl. XXVIII. S. 197., ist in mehrere deutsche Gesetzgebungen übergegangen; s. preuß. allg. Landr. Thl. II. Tit. II. §. 619. u. 620., Oesterreich. Gesetzb. Bd. I. §. 163. u. v. Zeiller's Comm. dazu not. 5. — In Bayern ist er auch neuerlich ungeachtet der harten Anfechtungen in Seuffert u. Glück's Blättern für Rechtsanw. Bd. VI. S. 181. u. 303. — durch einen Plenarbeschluß des Oberappellationsgerichts bestätigt; s. königl. bayer. Regierungsblatt v. J. 1841. S. 636. — Er ist ferner angenommen in der herz. Sachsen-Gothaischen Constitution vom 29. Juni 1804. §. 59. — u. S. Altenburg. Const. v. 7. Juli 1823. §. 59., während

das S. Koburg. Gesetz v. J. 1825. §. 16. die mehreren Stupratoren pro rata anzieht; s. Elvers' Themis a. a. O. S. 199. Vergl. Seuffert's Archiv Bd. IX. No. 166. 167.

Eine vermittelnde Meinung, welche die rationellen Schwierigkeiten der eben gedachten Entscheidungsart zu beseitigen ängstlich sich bemüht, ist nach Gottschalk Disc. for. T. III. c. 9. u. Busch a. a. O. §. 245 rc. folgende:

Daß eine Paternitätsklage dem vulgo quaesitus nicht zugestanden werden könne, vielmehr die act. de partu agnoscendo durch die erwiesene exc. plurium stupratorum völlig aufgehoben werde, nimmt man als unleugbar an. Hiernächst aber hilft man dem Kinde durch eine andere zu cumulirende Klage gegen den geständigen Stuprator, nämlich durch eine actio in factum ob damnum injuria datum, welche darauf gegründet wird, daß der Stuprator durch seinen mit einer mehreren Männern zugänglichen Weibsperson verübten Beischlaf dem Kind den Schaden zugefügt hat, die Paternitäts- und damit verbundenen Alimentations-Ansprüche nicht geltend machen zu können. Diese Klage setzt übrigens, wie von selbst erhellt, voraus, daß die Mutter das Kind nicht zu erhalten vermöge; denn außerdem wäre kein wirkliches damnum ob culpam levem resarciendum vorhanden. Aber auch unter dieser Voraussetzung ist diese Meinung unhaltbar, und wie Heerwart im Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. XIV. S. 450. dargethan hat, mit der Theorie der culpa unvereinbarlich.

Zu 20) Man muß entweder die anderen Zuhälter benennen, oder sonstige Umstände, welche die Individualität des Falles bezeichnen, oder das Behauptete als eine specielle Thatsache erscheinen lassen, anführen. Darüber sind die Praktiker einig, s. Busch a. a. O. §. 123. — und die dort angeführten Schriftsteller, Gottschalk a. a. O. T. III. pag. 119. — Seuffert's Blätter f. Rechtsanw. Bd. V. S. 295., wo ein im entgegengesetzten Sinn gefaßter Plenarbeschluß des k. bayer. Oberappellationsgerichts beleuchtet ist.

Zu 21) Diese Frage ist zu verneinen, nach Glück a. a. O. Thl. XXVIII. S. 200., Hagemann pr. Erörter. Bd. VII. no. 92. S. 289.

Zu 22) Daß der Mutter ihr in der Variation liegendes Geständniß mehrerer Concumbenten schade, ist wenigstens dann, wenn sie vor Gericht verschiedene Paternitätsangaben gemacht hat, außer Zweifel; hätte sie nur außergerichtlich eine verschiedene Sprache geführt, so kann Derjenige, welchen sie vor Gericht als Vater designirt, sich mit Wirkung nicht darauf beziehen, wie Hommel in Rhaps. Obs.

597. u. v. Quistorp im peinl. Recht §. 480. lehrt, höchstens könnte ihr deshalb der Reinigungseid auferlegt werden, s. Busch a. a. O. §. 115. — Ob übrigens dem Kinde eine solche Variation schade, — vorausgesetzt, daß man der exc. plurium stupratorum nicht überhaupt die Befreiung von der Alimentationspflicht abspricht, ist dahin zu beantworten, daß sie ihm nur dann unschädlich sey, wenn bewiesen werden kann, daß die Mutter des Kindes durch Geschenke, Versprechungen oder Einwirkungen anderer Art bewogen worden sey, den wahren Vater geheim zu halten, und einen Andern anzugeben; s. Busch a. a. O. §. 243. — Hommel Rhaps. Obs. 597. malim stupratam audiri verum patrem nominantem, licet vel maxime alium patrem antea nominaverit.

Zu 23) Schwängerungssachen werden wegen großer Schwierigkeiten des Beweises zu denjenigen Sachen gerechnet, welche auch unvollkommenen Beweis zulassen; l. 18. C. 4. 20. — l. 5. §. 6. D. 49. 16. — l. 6. D. 1. 6. — c. 47. X. de test. 2. 20., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 22. §. 33., Mevii Decis. P. V. Dec. 134., Busch a. a. O. S. 296. Im Allgemeinen muß nach den concreten Umständen die Gefahr eines Meineids in Obacht genommen werden. In abstracto nimmt man an:

A. es sey auf den Reinigungseid zu erkennen:

a) wenn die Vaterschaftsangabe unter den Geburtsschmerzen erfolgt, und noch durch andere Anzeigen unterstützt ist, s. Meister rechtl. Erkenntnisse Dec. 78. no. 23., Resp. 82. no. 12., Quistorp peinl. Recht. §. 484. not. b. oder

b) wenn sie auf dem Todtenbette unter Anführung der begleitenden Umstände geschah; Eisenhardt Rechtshändel Thl. VI. no. 4. Boehmer ad C. C. C. Art. 25., Leyser Sp. 14. Med. 4. Sp. 322. Corr. 3. — jedoch dagegen Glück a. a. O. Thl. XXVIII. S. 185., Beck B. I. c. 9. §. 11., Stryck Diss. de design. patris a matre facta. C. 2. no. 57.

c) wenn die Mutter übrigens von gutem Wandel, dagegen der Beklagte üblen Rufes ist, insbesondere wenn die Angabe der Geschwächten von der Art ist, daß ihr die Schwängerung durch die angegebene Person nachtheiliger ist, als die Angabe eines Andern, z. B. wenn dieser ein armer Ehemann ist; s. Struben rechtl. Bedenken Thl. II. no. 123., Cocceji Jus controv. T. III. Resp. 19.

d) wenn mehrere Anzeigen gegen den Beklagten vorliegen, derenthalben er sich nicht rechtfertigen kann; Stryck Diss. cit. C. 2.

no. 94., Beck B. 1. c. 5. §. 6., Quistorp peinl. Recht §. 484.

B. auf den Erfüllungseid pflegt erkannt zu werden:

a) wenn die Indicien einen halben Beweis bilden; s. Boehmer J. Eccl. P. Lib. II. tit. 24. §. 74., Beck a. a. O. B. I. c. 11. §. 5., Glück a. a. O. Thl. XXIV. §. 1288. a. S. 185., Cramer Obs. jur. univ. T. III. Obs. 881., Quistorp peinl. Recht §. 485. — besonders wenn der Beklagte ein solcher Mensch ist, von welchem ein Meineid zu befürchten wäre;

b) wenn der Beklagte mit der Klägerin zusammen in einem Bette angetroffen wurde. C. 12. X. de praesumt.;

c) wenn er die mit der Beklagten getriebene Unzucht außer Gericht und wohl gar zu wiederholten Malen gestanden, oder sich unzüchtiger Vertraulichkeiten mit ihr gerühmt hat; s. v. Selchow Rechtsfälle Bd. III. Dec. 93. S. 51., v. Quistorp peinl. Recht §. 485., Hommel Rhaps. Vol. I. Obs. 217., was billig für einen halben Beweis zu achten ist; cf. Pütter auserlesene Rechtsfälle Bd. I. Dec. CXI.

d) wenn der Beklagte zuerst allen verdächtigen Umgang abgeleugnet hat, nachher aber diesen doch gestehen mußte, oder dessen überführt wurde; oder wenn er die Klägerin für seine Braut ausgegeben hatte; s. v. Quistorp peinl. R. §. 484. — cf. überhaupt Busch a. a. O. §. 225. u. 226. und die dort angeführten Schriftsteller.

Zu 24) So wenig darüber der Schiedseid zulässig ist, s. Danz summar. Processe (Ed. Gönner) §. 139., Leyser Sp. 315. Med. 7., Glück a. a. O. S. 269. §. 799., eben so wenig sollte überhaupt im Eid die Ergänzung dessen, was durch den Gerichtsarzt nicht zur Gewißheit gebracht werden kann, gesucht werden; indessen hält Busch a. a. O. §. 236. dafür, daß Fälle eintreten können, wo zweckmäßig noch auf eidliche Bestärkung des Unvermögens erkannt werden könne.

Zu 25) Die Meinungen hierüber sind verschieden, s. Glück Thl. XXVIII. §. 1290. e.; vergl. Bd. III. Kap. XXVIII. dieses Werks von der Verbindlichkeit zur Alimentation.

Es sind hier die zwei in der Frage gesonderten Fälle zu unterscheiden; entweder

a) ich fordere Rückerstattung gegebener Alimente von Demjenigen, welcher sie von mir empfangen hat, oder

b) ich fordere sie von einem Andern zurück, welchem eine gesetzliche

Alimentations=Verbindlichkeit oblag, oder welcher vorzugsweise vor mir verbunden war.

Zu a) Läßt sich auf meiner Seite nur Liebe und Pietät oder eine gesetzliche Verbindlichkeit als Motiv zur Verabreichung der Alimente denken. Im ersteren Falle ist ein Anspruch auf Rückerstattung auf das Bestimmteste von den Gesetzen verworfen, l. 27. §. 1. l. 3. 4. l. 44. D 3. 5. — l. 5. §. 14. D. 25. 3. — l. 11. l. 15. C. 2. 19., daß ich sie im letztern Fall nicht zurückfordern könne, versteht sich von selbst. Da aber die gesetzliche Verbindlichkeit immer nur unter der Voraussetzung besteht, daß der Alimentandus nicht eigenes hinlängliches Vermögen habe, l. 5. §. 7. D. 25. 3., Glück a. a. O. Thl. XXVIII. S. 58., so ist nach der Meinung der meisten Rechtslehrer, wie Glück a. a. O. S. 292. bezeugt, (vergl. Winkler de revocatione subsidii paterni, Lips. 1794.) ein Repetitionsrecht zwar nicht absolut ausgeschlossen, wie Thibaut im System d. P. R. §. 243. annimmt, aber ich muß dann doch beweisen, daß ich die Alimente mit dem animus repetendi für einen solchen Fall gegeben habe, und es scheint einerseits zu weit gegangen, wenn Bauer in Resp. ad. quaest. ex jure vario Vol. I. no. 46. pag. 192. — behauptet: wer zur Alimentation verpflichtet war, habe allemal ein Repetionsrecht, wenn das Kind eigenes Vermögen erlangt, was übrigens auch Hellfeld in Jurispr. for. §. 1290. — jedoch mit Ausnahme des Vaters statuirt, sowie andererseits Diejenigen zu weit zu gehen scheinen, welche statuiren, die von Eltern ihren Kindern gereichten Alimente seyen immer als geschenkt anzunehmen; Cocceji Juris. civ. controv. Lib. III. Tit. V. qu. 10., Walch introd. in controv. jur. civ. Sect. I. Cap. II. Membr. II. §. 8., Hagemann prakt. Erörter. Bd. VI. no. XV. S. 88., Müller ad Leyser T. III. fasc. II. Obs. 583. — welch' letzterer übrigens selbst in Med. Vol. V. Sp. 325. M. 4—6. hin und her schwankt. Nach l. 11. C. 2. 19. — kann dies wenigstens von einem außerordentlichen nützlichen, für die Kinder gemachten Aufwand offenbar nicht gelten.

Im Allgemeinen ist anzunehmen: wenn gleich von Seite der Eltern die Zurückforderung der für ihre Kinder bestrittenen Alimente, im Fall diese zu eigenem hinlänglichen Vermögen gelangen, durch die für die Absicht zu schenken streitende Vermuthung ausgeschlossen wird, so kann doch diese Vermuthung durch den Beweis des animus repetendi, wenn dieser durch unzweideutig denselben constatirende Handlungen erbracht wird, elidirt werden, und dann muß der Zurückforderung statt gegeben werden, weil die Verbindlichkeit der Eltern nur eine

subsidiäre ist. Haben die Eltern Schulden für die Kinder bezahlt, so braucht nach der Analogie der l. 5. §. 16. D. de alend. lib. nicht einmal der animus repetendi bewiesen zu werden; s. Hagemann pr. Erörter.. Bd. VI. S. 88.

Rückvergütung der einem selbständigen Menschen gegebenen Alimente kann nicht, wie in Pfeiffer's prakt. Ausführungen Bd. VII. S. 170. angenommen wird, allemal gefordert werden, sondern nur dann, wenn die Rückvergütung vertragsmäßig zugesichert oder durch concludente Handlungen der animus repetendi dargelegt ist, s. Erk. d. O.-A.-G. in Wiesbaden in Flach Entsch. Thl. II. S. 98. und d. O.-A.-G. in Oldenburg, s. Archiv f. d. Praxis der im G. H. Oldenburg geltenden Rechte Bd. I. S. 192.

Zu b) Hier läßt sich meine Handlung nicht allein unter den Gesichtspunkt einer Pietät und Liberalität bringen, welche eine Rückforderung ausschließen würde, sondern auch unter den Gesichtspunkt einer negotiorum gestio. Daher sagen die Gesetze ganz richtig, es handle sich da um eine quaestio facti, l. 5. §. 14. D. 25. 3. — l. 11. C. 2. 19. — l. 34. D. 3. 5., und da Schenkungen nicht vermuthet werden, so wird Derjenige, welcher sie behauptet, den Beweis zu führen haben; cf. Mevii Decis. T. I. P. II. Dec. 18., v. Quistorp rechtl. Bemerk. Thl. I. no. 96., Glück a. a. O. S. 291. Auch unterliegt es wohl keinem Zweifel, daß in solchem Fall, wo z. B. die Mutter nach l. 11. C. 2. 19. alimenta praestita repetiren kann, dasselbe Recht auch ihren Erben zusteht; Gottschalk Disc. for. T. III. pag. 141.

[Die Namens des Kindes (vom Vormund — s. oben zu Fr. 5.) angestellte Alimentenklage kann nur auf Alimente für die Zukunft, „von Zeit erhobener Klage an" gerichtet werden, denn in praeteritum non vivitur (oder: quod petis, intus habes!). Nur demjenigen also, welcher die Alimente verlagsweise bestritten hat, steht die Klage auf Alimente auch rücksichtlich des praeteritum tempus (actio negot. gest.) zu; namentlich steht in diesem Umfange die Klage der Mutter des Kindes zu, indem ihr die Rechtsvermuthung zur Seite steht, daß sie das Kind gleich vom ersten Lebensmoment an ernährt habe. Nur dann kann auch der Vormund im Namen des Kindes Alimente für die Vergangenheit fordern, wenn das Kind seine eigne Mutter oder einen Dritten, welcher die Kosten bisher verlagsweise bestritten hat, beerbt hat. S. Gottschalk Discept. III. 10. Dazu die bei v. Vangerow Bd. I. §. 260. Anm. 3. Citirten, sowie ein Erkenntniß des O.-A.-G. Dresden i. d. Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. XVII. S. 55. u. Seuffert's Archiv Bd. XII. No. 164.]

Zu 26) Wenn man die Verbindlichkeit des natürlichen Vaters aus Verwandtschaft ableiten dürfte, [wie dies v. Vangerow Bd. I. §. 260. S. 555. der VI. Aufl. thut], so würde sie bei dem unehelichen eben so wenig als bei dem ehelichen Vater auf dessen Erben übergehen; l. 5. §. 16. D. 25. 3. — Da aber die unehelichen Kinder kein Familienrecht gegen den Vater haben, so geht dies nicht an. Als obligatio ex delicto aber, wofür sie gewöhnlich angesehen wird (s. Schweppe röm. Privatr. Bd. IV. S. 19. not. 2., Bülow und Hagemann prakt. Erörterungen Thl. IV. no. 70., wogegen jedoch die trifftigsten Gründe obwalten: s. Heerwart im Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. XIV. S. 435. und Bd. XVII. S. 77., v. Schröter in der Zeitschr. f. Civilrecht und Proceß Bd. V. S. 309.) muß man den Uebergang der Verbindlichkeit auf die Erben des Schwängerers, in so weit die Erbschaft reicht, zugestehen. Bringt man endlich das Klagrecht des unehelichen Kindes, so wie die Klage der Mutter als condictio ex moribus unter den gleichartigen Gesichtspunkt einer obligatio ex lege, womit Glück Thl. XXVIII. S. 207. übereinstimmt, so ist der unbedingte Uebergang der Alimentationspflicht auf die Erben ohnedies keinem Zweifel unterworfen. Diese werden auch durch die Nov. 89. Cap. 12. §. 6. ausdrücklich dazu angehalten, und die Praxis ist damit übereinstimmend; s. Boehmer J. E. P. Lib. V. tit. 16. §. 14. u. tit. 17. §. 128. etc., Quistorp Beitr. no. 5. S. 58., Kapff a. a. O. Bd. I. no. 39., Glück a. a. O., Dunze im Archiv für die civil. Praxis Bd. XII. S. 132.*)

Zu 27) Die Entscheidung dieser Frage hängt, wie v. Vangerow a. a. O. §. 260. No. 4. bemerkt, davon ab, ob man das Delict, oder den Act der Erzeugung, welchen man — freilich nicht aus zureichendem Grund — ein Delict nennt, als Obligationsgrund auffaßt, oder die Vaterschaft, indem nämlich nach heutigem Recht die außereheliche Vaterschaft als analoges Verhältniß der ehelichen Vaterschaft oder ad exemplum vermöge der act. utilis beurtheilt wird;

---

*) Busch im civilist. Archiv Bd. XXIII. S. 223. not. 14. bezeugt, daß von vielen ihm zugekommenen Rechtssprüchen deutscher Juristenfacultäten nicht ein einziger von dieser Ansicht abweiche, und selbst Heerwart, welcher in Linde's Zeitschr. Bd. XVII. S. 327. wiederholt dagegen gekämpft hat, vermochte doch S. 334. die dafür feststehende Praxis nicht in Abrede zu stellen, welche auch in Emminghaus Sächs. Pandecten S. 405. no. 30. von dem O.-A.-G. in Dresden constatirt ist. [Vergl. dazu Seuffert's Archiv Bd. XI. No. 42. u. Buchka-Budde Entscheid. des Rostocker O.-A.-G. Bd. II. No. 36.]

s. Heerwart im Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. XIV. S. 345. und XVII. S. 77. Im ersten Fall müssen die Gesetze des Orts, wo der Beischlaf vollzogen ist, im letzteren die Gesetze des Domicils entscheiden. Für ersteren sind anzuführen: Langenn und Kori Erörterungen Bd. III. S. 13., Braun Dictate zu Thibaut's P. R. §. 56.; für letzteren v. Seuffert Commentar zur bayerischen Gerichtsordnung Bd. I. S. 245. Verschiedene Meinungen s. Funke Beiträge zur Erörterung prakt. Materien no. XI. In einer in Kritz Samml. v. Rechtsfällen Bd. I. S. 121. angeführten Entscheidung des königl. sächsischen Appellationsgerichts wurde ausgesprochen: „Die Alimentations-Verbindlichkeit ist nach den Gesetzen des Landes zu beurtheilen, in welchem sich der Schwängerer zur Zeit der Schwängerung als subditus temporarius aufhielt; wie denn überhaupt die jura status eines unehelichen Kindes sich nur nach den Gesetzen des Wohnorts der Mutter und nicht des Schwängerers richten."

Sehr richtig hat der oben angeführte Plenarbeschluß des Obertribunals in Berlin ausgesprochen: „Die persönlichen Eigenschaften und Befugnisse eines Menschen müssen nach den Gesetzen der Gerichtsbarkeit beurtheilt werden, unter welcher derselbe seinen Wohnsitz hat. Daraus ergiebt sich, daß, wenn Mutter und Kind an einem Ort wohnen, dessen Gesetze (wie die französischen) dem außerehelich erzeugten Kinde aus dem Acte der Zeugung kein Recht auf Alimentation einräumen, sondern lediglich auf Grund eines besonderen Rechtstitels, insbesondere auf Grund einer ausdrücklichen Anerkennung — auch überall nur die am Geburts- und Wohnort des Kindes geltenden Gesetze zur Anwendung kommen können." In Uebereinstimmung hiermit lehrt Günther in Weiske's Rechtslexikon Bd. IV. S. 732., die nur dem Verhältnisse der außerehelichen Geschlechtsverbindung entspringenden Verbindlichkeiten des unehelichen Vaters können in der Heimath desselben nur dann ihre Wirksamkeit äußern, wenn selbige sowohl in dem Lande, dessen Bürger er selbst, als in dem Lande, dessen Bürger das Kind ist, von den Gesetzen anerkannt werden. Erkennen die Gesetzgebungen verschiedener Länder zwar im Allgemeinen jene Pflichten an, jedoch unter abweichenden Bestimmungen hinsichtlich der Summe, der Zeitdauer rc., so haben die Gesetze den Vorzug, welche die geringere Verbindlichkeit auflegen. Dazu Seuffert's Archiv Bd. XII. No. 333.

Vergl. übrigens Bd. III. Kap. XXVIII. Verbindl. zur Alimentation.

Zu 28) [Dem unehelichen Kinde steht nicht, gleich dem ehelichen, eine selbständige Klage auf Anerkennung der Kindschaft zu, da jenes

dem Vater gegenüber auf Zustandsrechte, wie die eheliche Geburt verleiht, keinen Anspruch hat, daher die Kindschaft, beziehungsweise Vaterschaft, nur als Präjudizialpunkt für eine angestellte Alimentationsklage in Betracht kommt. Nur ein gegenwärtiges rechtliches Interesse, nicht ein bloß mögliches künftiges, könnte eine Klage rechtfertigen. Weder die Rücksicht auf eine vortheilhaftere Proceßart bei einer künftig zu erhebenden Klage (auf Grund des im Vorprocesse zu erlangenden rechtskräftigen Erkenntnisses), noch die etwaige (auch auf andere Weise zu erlangende) Sicherstellung der Beweismittel für eine solche Klage kann als ein rechtliches Interesse jener Art betrachtet werden. Beschluß des O.-A.-G. Cassel, Heuser's Annalen Jahrg. I. S. 451., Seuffert's Archiv Bd. VIII. No. 262.]

Zu 29) [Allerdings begründet der Beischlaf nicht an sich, sondern nur in Verbindung mit der erfolgenden Geburt eines lebendes Kindes die Alimentationspflicht. Indeß hat das O.-A.-G. Dresden mit Rücksicht darauf, daß die Alimentenleistung sofort von Geburt des Kindes an gefordert werden kann, eine anticipirte Klage zugelassen und eine bedingte Verurtheilung ausgesprochen. Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. XII. S. 361., Seuffert's Archiv Bd. IX. No. 165.]

Kapitel III.

Eheverhältnisse.

Dig. 23. 1. de sponsalibus. Cod. 5. 1. de sponsalibus et arrhis sponsalitiis et proxeneticis. Cod. 5. 2. si rector provinciae vel ad eum pertinentes sponsalitia dederunt. Inst. I. 10. — Cod. 5. 4. de nuptiis. Dig. 23. 2. de ritu nuptiarum. Cod. 5. 5. de incestis et inutilibus nuptiis. Cod. 5. 6. de interdicto matrimonio inter pupillam et tutorem etc. Cod. 5. 7. si quacunque praeditus potestate etc. Cod. 5. 8. si nuptiae ex rescripto petantur. Cod. 9. 13. de raptu virginum. Cod. 5. 26. de concubinis.

Dig. 24. 2. de divortiis et repudiis. Cod. 5. 17. de repudiis et judicio de moribus sublato.

§. 50.

1. Von den Begriff der Ehe, der Fähigkeit, sie zu schließen, den Förmlichkeiten und verschiedenen Arten der Ehe.

1) Was wird nach dem allgemeinen rechtlichen Begriff der Ehe zu einem matrimonium perfectum erfordert, und was für

eine Bedeutung haben demnach die Bezeichnungen: matrimonium ratum, legitimum et consummatum?

2) Besonderheiten; matrimonia pacto et lege inaequalia: a) Gewissensehe; b) morganatische Ehe; wann sie gestattet und ob im Zweifelsfall eine vollständige oder eine Ehe zur linken Hand zu vermuthen ist; c) Mißheirath; d) Putativehe.

3) Welche Förmlichkeiten erfordert die Kirche nach der katholischen und protestantischen Confession zum matrimonium ratum?

4) Wo muß das Aufgebot geschehen?

5) Wem steht die Dispensation vom Aufgebote bei Katholiken, und wem bei Protestanten zu?

6) Müssen auch die nach protestantischem Eherecht geschiedenen Eheleute, wenn sie einander wieder heirathen wollen, sich nochmals proclamiren lassen?

7) Wird die Ehe durch Unterlassung der Proclamation nichtig?

8) Wird ein vor der Trauung schon existentes vernichtendes Ehehinderniß durch die gehörig vollzogene Proclamation gehoben?

9) Ist auch bei erlauchten Personen die Proclamation nöthig?

10) Von welchem Pfarrer soll die Einsegnung geschehen — insbesondere wenn die Brautleute verschiedene Domicile haben — oder wenn eines von ihnen mehrere Domicile, oder gar kein Domicil hat?

11) Ist die Ehe nichtig, wenn die Trauung von einem incompetenten Pfarrer vorgenommen wurde?

12) Kann der parochus proprius die Trauung auch in einer fremden Parochie giltig vornehmen?

13) Ist bei gemischten Ehen die Beobachtung der kirchlichen Vorschriften beider christlicher Confessionen nöthig?

14) Wem steht die Gerichtsbarkeit in Ehesachen zu?

15) Welche Personen sind nach dem Begriff der Ehe von derselben ausgeschlossen?

16) Ist das Unvermögen zum Beischlaf unter allen, oder unter welchen Umständen ist es ein hinlänglicher Grund, um auf Anrufen des andern Theils die Ehe für nichtig zu erkennen?

17) Genügt das Geständniß des Unvermögenden zur Annullirung der Ehe? und was ist rücksichtlich des Beweises verordnet, wenn die Beschaffenheit der Sache ungewiß und vom Beklagten die Impotenz in Abrede gestellt ist?

18) Ist ein dreimonatliches oder wenigstens ein jahrelanges Stillschweigen und fortgesetztes Zusammenleben von Seiten des andern Ehegatten als Verzichtleistung auf eine aus der Impotenz abzuleitende Klage zu erachten?

19) Was ist Rechtens, wenn in Ansehung des wegen angeschuldigter Impotenz geschiedenen Ehegatten sich hinterher erweist, daß er irrig für impotent erkannt wurde?

20) Ist Taubstummen die Ehe erlaubt?

21) Ist sie auch bei Hermaphroditen anzuerkennen?

22) Ist ein dem andern Theil unbekannt gebliebenes langwieriges, unheilbares oder ansteckendes körperliches Uebel, wie Venerie, Epilepsie 2c. ein genügender Grund zur Annullirung der Ehe?

23) Was für Einfluß auf die Giltigkeit der Ehe hat überhaupt der Irrthum und Betrug, insbesondere der Mangel der Jungfrauschaft? Vollends wenn das Mädchen schon schwanger in das Ehebett gekommen ist und dem Mann ihre Schwangerschaft verheimlicht hat?

24) Ist eine auf zweckwidrige Bedingungen eingegangene Ehe nichtig?

25) Ist die Ehe beim Mangel erforderlicher elterlicher Einwilligung nichtig, und kann demnach die bereits vollzogene Ehe — wenn sie nämlich mit Umgehung des öffentlichen Aufgebots priesterlich eingesegnet worden — auf Verlangen der Eltern wieder aufgehoben werden?

26) Was ist Rechtens, wenn die Eltern in Ansehung des zu ertheilenden Consenses unter sich dissentiren, und

27) wird die Ehre auch nichtig, wenn sie ohne vormundschaftliche Einwilligung geschlossen worden ist?

28) Wann wird eine Ehe, welche nicht wirklich geschlossen worden ist, in Absicht auf die bürgerlichen Wirkungen derselben durch richterliches Erkenntniß für zu Recht bestehend erkannt?

29) Insbesondere auch, wenn — nachdem die Braut bereits schwanger geworden war — die Vollziehung der Ehe durch plötzlichen Tod des Bräutigams unmöglich wurde?

eine Bedeutung haben demnach die Bezeichnungen: matrimonium ratum, legitimum et consummatum?

2) Besonderheiten; matrimonia pacto et lege inaequalia: a) Gewissensehe; b) morganatische Ehe; wann sie gestattet und ob im Zweifelsfall eine vollständige oder eine Ehe zur linken Hand zu vermuthen ist; c) Mißheirath; d) Putativehe.

3) Welche Förmlichkeiten erfordert die Kirche nach der katholischen und protestantischen Confession zum matrimonium ratum?

4) Wo muß das Aufgebot geschehen?

5) Wem steht die Dispensation vom Aufgebote bei Katholiken, und wem bei Protestanten zu?

6) Müssen auch die nach protestantischem Eherecht geschiedenen Eheleute, wenn sie einander wieder heirathen wollen, sich nochmals proclamiren lassen?

7) Wird die Ehe durch Unterlassung der Proclamation nichtig?

8) Wird ein vor der Trauung schon existentes vernichtendes Ehehinderniß durch die gehörig vollzogene Proclamation gehoben?

9) Ist auch bei erlauchten Personen die Proclamation nöthig?

10) Von welchem Pfarrer soll die Einsegnung geschehen — insbesondere wenn die Brautleute verschiedene Domicile haben — oder wenn eines von ihnen mehrere Domicile, oder gar kein Domicil hat?

11) Ist die Ehe nichtig, wenn die Trauung von einem incompetenten Pfarrer vorgenommen wurde?

12) Kann der parochus proprius die Trauung auch in einer fremden Parochie giltig vornehmen?

13) Ist bei gemischten Ehen die Beobachtung der kirchlichen Vorschriften beider christlicher Confessionen nöthig?

14) Wem steht die Gerichtsbarkeit in Ehesachen zu?

15) Welche Personen sind nach dem Begriff der Ehe von derselben ausgeschlossen?

16) Ist das Unvermögen zum Beischlaf unter allen, oder unter welchen Umständen ist es ein hinlänglicher Grund, um auf Anrufen des andern Theils die Ehe für nichtig zu erkennen?

17) Genügt das Geständniß des Unvermögenden zur Annullirung der Ehe? und was ist rücksichtlich des Beweises verordnet, wenn die Beschaffenheit der Sache ungewiß und vom Beklagten die Impotenz in Abrede gestellt ist?

18) Ist ein dreimonatliches oder wenigstens ein jahrelanges Stillschweigen und fortgesetztes Zusammenleben von Seiten des andern Ehegatten als Verzichtleistung auf eine aus der Impotenz abzuleitende Klage zu erachten?

19) Was ist Rechtens, wenn in Ansehung des wegen angeschuldigter Impotenz geschiedenen Ehegatten sich hinterher erweist, daß er irrig für impotent erkannt wurde?

20) Ist Taubstummen die Ehe erlaubt?

21) Ist sie auch bei Hermaphroditen anzuerkennen?

22) Ist ein dem andern Theil unbekannt gebliebenes langwieriges, unheilbares oder ansteckendes körperliches Uebel, wie Venerie, Epilepsie zc. ein genügender Grund zur Annullirung der Ehe?

23) Was für Einfluß auf die Giltigkeit der Ehe hat überhaupt der Irrthum und Betrug, insbesondere der Mangel der Jungfrauschaft? Vollends wenn das Mädchen schon schwanger in das Ehebett gekommen ist und dem Mann ihre Schwangerschaft verheimlicht hat?

24) Ist eine auf zweckwidrige Bedingungen eingegangene Ehe nichtig?

25) Ist die Ehe beim Mangel erforderlicher elterlicher Einwilligung nichtig, und kann demnach die bereits vollzogene Ehe — wenn sie nämlich mit Umgehung des öffentlichen Aufgebots priesterlich eingesegnet worden — auf Verlangen der Eltern wieder aufgehoben werden?

26) Was ist Rechtens, wenn die Eltern in Ansehung des zu ertheilenden Consenses unter sich dissentiren, und

27) wird die Ehre auch nichtig, wenn sie ohne vormundschaftliche Einwilligung geschlossen worden ist?

28) Wann wird eine Ehe, welche nicht wirklich geschlossen worden ist, in Absicht auf die bürgerlichen Wirkungen derselben durch richterliches Erkenntniß für zu Recht bestehend erkannt?

29) Insbesondere auch, wenn — nachdem die Braut bereits schwanger geworden war — die Vollziehung der Ehe durch plötzlichen Tod des Bräutigams unmöglich wurde?

30) Wenn zwei Personen lange als Mann und Frau gelebt haben, ohne die vollzogene kirchliche Form beweisen zu können, weil vielleicht das Kirchenbuch bei einer Feuersbrunst zu Grunde gegangen, Pfarrer und Zeugen gestorben sind, kann dann gleichwohl eine wirkliche Ehe angenommen werden?

31) Kann die mangelnde kirchliche Trauung durch landesherrliche Dispensation ersetzt werden?

Zu 1) Indem man unter der Ehe die gemäß den bürgerlichen Gesetzen und den Vorschriften der Kirche eingegangene gegenseitige Geschlechtsvereinigung auf Lebenszeit [besser: vollkommene Lebensvereinigung zweier Personen verschiedenen Geschlechts; vergl. unten zu Fr. 15.] versteht, §. 1. J. 1. 9. — l. 1. D. 23. 2. — can. 3. causu 27. qu. 2. §. 1. ist vornweg der im Allgemeinen fehlerfreie Consens beider Theile vorausgesetzt; — dann wird es matrimonium ratum, wenn die Vorschriften der Kirche dabei beobachtet sind (ut matrimonium ratum habeat ecclesia), legitimum, wenn nichts an den landesgesetzlichen Bedinguugen fehlt, und consummatum in Bezug auf den Vollzug der Geschlechtsvermischung. Ist es ratum et legitimum, so ist es perfect; l. 30. D. de R. J. 50. 17. — l. 32. §. 13. D. 24. 1. — l. 5. 6. 7. D. 23. 2. — l. 15. D. 35. 1. — c. 3. 4. 5. causa 27. qu. 2.

Die Consummation macht blos nach dem katholischen Begriff des Sacraments (mysterium incarnationis) den Unterschied, daß die Auflösung der jedenfalls schon perfecten Ehe nun absolut unmöglich, außerdem aber möglich ist, c. 5. X. de bigamis non ordinandis (1. 21.), was bei der protestantischen Kirche aber nicht anwendbar ist. Den altdeutschen Parömien kann nach deren Verdrängung durch die fremden Rechte auch kein Einfluß hierin mehr eingeräumt werden, wo sie nicht in Landes- oder Statutarrechte aufgenommen sind, was zwar Hellfeld in Jurispr. for. §. 1222. von den meisten deutschen Ländern behauptet, aber nur in Beziehung auf Sachsen durch Const. Elect. Saxon. P. III. const. 19. belegen konnte; cf. Danz Handb. des heutigen deutschen Privatrechts Bd. VI. §. 583., Glück Thl. XXIII. §. 1222., Wildvogel Diss. de jure thalami. Jenae, 1717., Bauer Diss. de concubitu matrimonii perfectione. Lips. 1747., Harpprecht de conscensione thori conjug. et ejus effectibus.

Eine Ehe kann matrim. ratum, u. zugleich non legitimum, oder

legitimum u. zugleich irritum seyn. Ersteres ist z. B. vorhanden bei der Ehe des Vormunds mit der Pflegbefohlenen, oder bei der Ehe eines Militärs ohne Consens der Obern, letzteres bei geschiedenen Personen, deren Eheband nicht gelöst ist, bei blos vor Civilbehörden geschlossenen Ehen u. dergl. In dem Falle eines solchen Conflicts überlassen die Gesetzgebungen die Befolgung der kirchlichen Norm neben der bürgerlichen Vorschrift dem Gewissen der Contrahenten; s. Jacobson im Rechtslex. Bd. III. S. 533. u. 555.

Zu 2) Insbesondere

a) Gewissensehen.

Die gewöhnliche Meinung, daß Gewissensehen durchaus ungiltig seyen, hat in neuerer Zeit, aus Veranlassung des reichsgräflich Bentink'schen Erbfolgestreits lebhafte Angriffe erfahren, s. K. F. Dieck die Gewissensehe rc. Halle 1838., K. G. Bretschneider, ob die mit Unterlassung der kirchlichen Trauung von einem evangelischen Landesherrn geschlossene Gewissensehe für eine wahre Ehe angesehen werden könne? Leipzig 1844., A. Michaelis Votum über den reichsgräfl. Bentink'schen Erbfolgestreit. Tübingen. 1841., vergl. die Recensionen dieser Schriften in den kritischen Jahrb. f. deutsche Rechtsw. von Schneider u. Richter Jahrg. 1840. S. 579 u. 1057. Jahrg. 1841. S. 1068. — Von Dieck und Michaelis wird deducirt: das römische Recht spreche für die Giltigkeit einer formlosen Ehe, vermöge des Grundsatzes: consensus facit nuptias. Dieser Grundsatz komme auch im ältesten christlichen Eherecht vor, can. 3. §. 1. can. 4. c. 27. qu. 2., vergl. auch c. 22. 23. X. de sponsal. (4. 1.) Das Verbot der clandestina matrimonia sowohl im Mittelalter als nach den Vorschriften des Tridentinischen Conciliums habe durchaus nicht die Wirkung, solche Ehen nichtig zu machen. Ganz falsch sey die Behauptung Wilda's (s. Zeitschrift f. deutsches Recht Bd. III. S. 197. Bd. IV. S. 148.), dergleichen Ehen seyen blos kirchlich, nicht juristisch wirksam gewesen, denn in den Ländern, wo das reine katholische Kirchenrecht gilt, werde noch jetzt eine Ehe für giltig abgeschlossen erachtet, wenn der Wille, sie zu schließen, vor dem Pfarrer erklärt ist. Von den beiden Senaten des Oberlandesgerichts in Halberstadt und dem geh. Obertribunal in Berlin wurde im J. 1830, 1831 und 1833 eine zwar vor einem Pfarrer und zwei Zeugen, aber in dunkler Nacht eingegangene und bis zum Tode des Mannes verheimlichte Ehe für giltig erklärt. Luther weicht blos in einem Punkte von den Grundsätzen des canonischen Rechts ab, indem er

die ohne Einwilligung der Eltern geschlossenen geheimen Ehen in der Regel*) für unverbindlich erklärt. Uebrigens wünscht er zwar öffentliche Eingehung der Ehe, hat aber keine feste und bestimmte Weise, wie sie eingegangen werden soll, vorgeschrieben. In seinen Tischreden no. 118. äußert er sich dahin: „Da einer bei ihm ein Kebsweib oder Concubine hätte, und sie sagten Eins dem Andern Treue und Glauben zu und hielten sich für rechte Eheleute, das ist vor Gott eine rechte Ehe, und ob es wohl ärgerlich ist, doch schadet solches Aergerniß nicht.“ — Hieraus erklärt sich eine andere Aeußerung Luther's, wo er sagt: „der Fürsten und großen Herren heimliche Ehe ist eine rechte Ehe vor Gott, ob sie wohl ohne alles Gepränge und Feierlichkeit zugeht.“

Auch Wilda a. a. O. gesteht zu: wo ein Gesetz oder eine unbestrittene Observanz sich über die Nothwendigkeit der Trauung gebildet habe, hätten freilich die Juristen dieselbe anerkannt; sie hätten dies aber nur als eine Folge particulärer Rechtsbildung angesehen, wodurch die Giltigkeit des Satzes „consensus facit nuptias“ wohl beschränkt werde, allein seine gemeinrechtliche Bedeutung nicht verliere Da die Trauung nicht göttlichen Rechts, sondern menschlicher Einsetzung ist, so könne auch dem Inhaber der Staats- und Kirchengewalt das Dispensationsrecht in Beziehung auf die Unterlassung der Trauung nicht beanstandet werden, und mit Recht behaupte daher Zachariä im deutschen Staats- und Bundesrecht Abth. I. S. 157., daß man die Frage, ob der protestantische Landesherr (der katholische hat diese Befugniß offenbar nicht) sich selbst von der Beobachtung der Form der priesterlichen Trauung dispensiren könne, gewiß bejahen müsse. So erkennen auch Thibaut im System d. P. R. §. 695. und eben so Feuerbach, C. S. Zachariä, Walter, Göschen u. A. die von deutschen Landesherren**) heimlich oder nicht heimlich geschlossenen für rechtsgiltige

---

*) Eine Ausnahme macht er gleichwohl, wenn er sagt: „man solle selbst die gegen den Willen der Eltern heimlich Verbundenen beisammen lassen, wenn die copula carnalis erfolgt sey.“

**) Hinsichtlich des hohen Adels in Deutschland haben sich indessen über den Begriff verschiedene Meinungen gebildet. Unbestritten ist zwar, daß die Reichsunmittelbarkeit und die Landeshoheit erfordert werde; daß aber auch die Reichsstandschaft vorausgesetzt werde, um den hohen vom niedern Adel zu scheiden, leugnen Manche, z. B. Mittermaier im deutsch. Privatrecht §. 58. S. 203., indem sie zum Theil annehmen, die Eigenschaft eines regierenden Herrn habe den hohen Adelsstand gegeben, s. Wilda a. a. O. Bd. III. S. 238., zum Theil bloße Qualification zur Reichsstandschaft als hinreichend ansehen; s. Tabor die Gefahren und Beeinträchtigungen der Successionsrechte der Reichs-

Ehen mit allen rechtlichen Wirkungen bezüglich der Kinder an, s. Zachariä a. a. O.

b) Morganatische Ehe.

Die von dem dabei üblichen, aber nicht nothwendigen (s. Schweder pos. sel. de matrim. ad morganaticum, Kreittmair annot. ad Cod. Bav. Maximil. P. I. cap. VI. §. 45. no. 3., Gengler deutsch. Privatr. II. S. 849. no. 17.) Symbolacte der Trauung zur linken Hand des Mannes so genannte Ehe zur linken Hand, sie sey nun mit besonderen Bedingungen oder ohne solche eingegangen, s. Zöpfl Staatsr. §. 81., unterscheidet sich in ihren rechtlichen Wirkungen von der regelmäßigen Ehe darin, daß

1) die Ehefrau nicht den Stand, Titel und Wappen ihres Gemahls und keinen Anspruch auf ein Witthum oder Leibgeding und, wo etwa die Morgengabe nur als eine Vermehrung jener Reichnisse erscheint, auch nicht auf diese erhält;
2) die Kinder vom Namen, Stand und Wappenschild ihres Vaters ausgeschlossen sind, und nur solche Titel und Wappenzeichen führen dürfen, welche ihnen besonders gestattet worden sind; daß sie nicht in Stamm- und Lehengüter succediren, auch keine dem Range ihres Vaters entsprechende Apanage oder Aussteuer verlangen dürfen, unbeschadet jedoch des Anspruchs, die dem ihnen beigelegten Range angemessenen Alimente aus dem Allodialvermögen zu fordern; s. Pütter über Mißheirathen deutsch. Fürsten und Grafen S. 385. 2c.

Die Befugniß, eine solche abnorme Ehe zu errichten, wurde von den älteren Schriftstellern sehr weit ausgedehnt, nämlich nicht nur auf

---

grafen von Oldenburg-Bentink, Dresden 1840. Es ist aber wohl richtiger, die Reichsstandschaft als wesentliches Criterium des hohen Adels aufzunehmen. Die Bezeichnung „regierender Herr" hat nicht eine solche technische Bedeutung, welche hier genügen könnte. Wer Land und Leute hat, ist deshalb nicht Regent im höhern Sinn, sonst wäre es auch jedes Mitglied der Reichsritterschaft. Das Privatfürstenrecht ist daher nur auf den ehemals reichsständischen Adel anwendbar, welcher als hoher Adel deswegen gilt, weil er nur der Reichsstaatsgewalt unterworfen war, und an deren Ausübung selbst Theil genommen hat; s. Dieck in den kritischen Jahrbüchern f. deutsche Rechtsw. Jahrg. V. S. 1066. Diese Distinction findet sich auch in der Wahlkapitulation Art. 24. §. 9.; Eichhorn deutsch. Privatr. §. 56. u. 57., Heffter Beitr. zum deutsch. Staats- und Fürstenrecht S. 15. Die Bundesbeschlüsse v. 18. Aug. 1825. u. 13. Febr. 1829. haben gesetzlich entschieden, welche mediatisirte oder standesherrliche Geschlechter dem hohen Adel im deutschen Bunde beizuzählen sind.

den unmittelbaren Reichsadel (von welchem die Cölnische Ritterschaft ein Privilegium vom 29. April 1597 aufweisen konnte), sondern auch überhaupt auf den niederen Adel; s. Runde Grundſ. d. deutsch. Privatr. §. 573., Mittermaier Grundſ. d. deutsch. Privatr. §. 364., Leyser Spec. 290., Schott Eherecht §. 171., allein der letztere steht, soweit er nicht ausdrücklich in gewissen Beziehungen privilegirt ist, unter dem Landesrecht oder gemeinem Recht, einen Reichsadel gibt es seit der aufgehobenen Reichsverfassung nicht mehr, und selbst den Standesherren kann gegenwärtig die Befugniß bezweifelt werden. Von Errichtung der Bundesacte v. J. 1815. war für sie kein Fundament dazu gegeben, daher damals ihnen die Befugniß zur morganatischen Ehe in dem i. J. 1808 erschienenen Archiv für die Gesetzgebung und Reform des juristischen Studiums Bd. I. S. 306. von Gönner abgesprochen wurde. Die deutsche Bundesacte vom 8. Juni 1815. Art. 11. gab den standesherrlichen Häusern nun zwar die Versicherung, daß sie, der Unterwerfung unter die landesherrliche Gewalt ungeachtet, noch ferner zu dem hohen Adel in Deutschland gerechnet werden, und das Recht der Ebenbürtigkeit in dem bisher damit verbundenen Begriff behalten sollen. Der Schluß hiervon auf die Befugniß zu morganatischen Ehen ist jedoch nicht über allen Zweifel erhaben; s. Klüber öffentl. Recht des deutschen Bundes §. 245. 262. not. 9. §. 302. ꝛc., obwohl ihn mehrere Schriftsteller gegründet finden; s. v. Dresch in den Abhandl. über Gegenstände des öffentl. Rechts S. 141. und Eichhorn deutsch. Privatr. §. 294. Ganz unzweifelhaft kann in Folge des Subjectionsverhältnisses der Standesherren unter die Staatshoheit eines Bundesstaats ihr Recht zu einer morganatischen Ehe nur entweder durch Bestimmungen der Landesgesetze (vergl. Preuß. allg. Landr. Thl. II. Tit. 1. §. 835. ꝛc.), oder durch landesherrliche Dispensation, oder durch die aus der Autonomie der fürstlichen Häuser hervorgegangenen landesherrlich bestätigten Familienverträge oder Hausgesetze begründet werden; s. Klüber a. a. O. §. 306. not. a. Wenn es zweifelhaft ist, ob eine morganatische oder eine vollkommene Ehe eingegangen sey, so wird letztere vermuthet; Hartitzsch Eher. S. 18., Dittrich de legit. natal. inter illustres praesumendis.

c) Mißheirath.

Bei der Frage, in welchen Ständen eine Mißehe, welche Klüber eine Mißlehre nennt, vorkommen kann, müssen wir zuvörderst ausscheiden, was nicht in das Gebiet des Zweifels fällt, denn

1) zwischen Gliedern des niedern Adels und dem Bürgerstande gibt es gemeinrechtlich keine Mißheirath;*) s. Eichhorn deutsch. Privatr. §. 293., Gengler Lehrb. d. deutsch. Privatr. II. S. 837.

2) Inwiefern bei den souverainen Familien Deutschlands eine Ehe den Charakter einer Mißheirath trage, und welchen Einfluß sie auf die Thronfolge habe, ist eine verfassungsrechtliche, mithin nicht hierher gehörige Frage; s. Klüber öffentl. Recht des deutschen Bundes §. 245. not. b.

Es bleibt daher

3) nur die Frage übrig, was von den Mißheirathen in den nicht zur Souverainität gelangten, vormals reichsständisch gewesenen Geschlechtern Rechtens sey.

Controvers**) ist hier vorzüglich, ob

a) jede Ehe eines reichsständischen Herrn mit einer Frauensperson aus nicht reichsständischem Hause als Mißehe zu betrachten sey, wie Mehrere behaupten, s. die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Eichhorn, Phil-

*) Nur ausnahmsweise kann die Frage erwachsen, wenn zum Eintritt in einen Orden oder zur Erlangung gewisser Würden und Präbenden alter Adel und Ahnenprobe erfordert wird, oder wenn das Successionsrecht in ein Familienconmiß vom Stifter desselben an die Bedingung geknüpft ist, daß der Descendent aus einer standesgleichen Ehe abstammen müsse. Eine Beschränkung auf stiftsmäßigen Adel fällt übrigens von selbst weg, wenn das adelige Kapitel, zu welchem die Receptionsfähigkeit vorausgesetzt war, nicht mehr existirt; s. Seuffert's Blätter für R.-A. Bd. IX. S. 161.

**) Der Grund der Controverse liegt in der ungenügenden Fassung der Wahlkapitulation von 1742. Art. XXII. §. 4., in welcher der Kaiser zwar auf wiederholte Anregung der Reichsstände die Annullirung der „unstreitig notorischen Mißheirathen“ aussprach, ohne jedoch zu bestimmen, was für Ehen hierunter zu begreifen seyen, und daß das in den Wahlkapitulationen K. Leopolds II. v. J. 1790. und K. Franz II. v. J. 1792. gegebene Versprechen unerfüllt blieb, welches dahin lautete: „so viel die noch erforderliche nähere Bestimmung anbetrifft, was eigentlich notorische Mißheirathen seyen, wollen Wir den zu einem darüber zu fassenden Regulativ erforderlichen Reichsschluß bald möglichst zu befördern Uns angelegen seyn lassen.“ — Auch die Reichsritterschaft hat es mit ihren Ao. 1601. gegen die Standesvermischungen angestellten vieljährigen Bestrebungen nicht weiter als zu der kaiserlichen Erklärung v. J. 1718. gebracht: „daß diejenigen Cavaliere, welche cum vili vel turpi persona sich ungebührlich verheirathen, von allen adelichen Freiheiten und Gesellschaften ipso facto excludirt seyn sollten, jedoch daß die Determination super vilitate personae Ihro Kaiserl. Majestät vorbehalten bliebe.“ Pütter a. a. O. S. 485. not. p.

lips, Maurenbrecher, Wolf, v. Gerber und Zachariä, oder

b) blos die Ehe eines Mannes aus reichsständischem Geschlechte mit einem Weibe bürgerlicher oder bäuerlicher Herkunft, als eine Mißehe zu erachten ist.

Die letztere Meinung ist wohl mit Recht die überwiegende geworden; s. Runde Grunds. des deutsch. Privatr., Häberlin Handb. des deutschen Staatsrechts Bd. III. §. 448., Gönner deutsch. Staatsr. §. 74., Heffter a. a. O. S. 24., Zöpfl Mißheirathen §. 44—54.' Dieck im Rechtslex. Bd. VII. S. 222., Gengler deutsch. Privatr. II. S. 828. In dem Reichsschluß v. 4. Sept. 1745. hatten Kaiser und Reich angenommen: „daß die Ehe eines Reichsstandes oder eines aus reichsständischem Hause entsprossenen Herrn mit einer freigeborenen nicht adeligen Person eine unstreitige Mißheirath sey;" s. Klüber öffentl. Recht d. d. Bundes §. 243. not. 6., Mittermaier deutsch. Privatr. §. 378. u. 379. Die Frage: ob die Ehe eines zum hohen Adel gehörigen Mannes mit einer Frau aus der Sphäre des niedern Adels für eine ebenbürtige oder für eine — die Nachfolge der Kinder in das Familienfideikommiß ausschließende — Mißheirath zu achten sei? wurde durch drei conforme Erkenntnisse zweier k. preußischer Oberlandesgerichte und des geh. Obertribunals zu Berlin dahin entschieden: „als ein ausgemachter Grundsatz des deutschen Privatrechts kann nur so viel angenommen werden: daß die Ehe einer Person von hohem Adel mit einer bürgerlichen für eine Mißheirath zu achten sey; nicht aber, daß ein Gleiches auch bei den Ehen unter Personen des hohen und niedern Adels anzunehmen sey," s. Seuffert's Bl. f. Rechtsanw. Bd. XI. S. 166. Eben so erkannte der oberste Gerichtshof in Bayern den 27. Aug. 1841., s. ebend. S. 267. Es ist dabei bemerkt: daß die Stelle der Wahlkapitulation Karls VII. v. 1742. Art. 22. §. 4. in Betreff der unstreitig notorischen Mißheirathen, nur auf Ehen bezogen werden kann, wie diejenige war, welche zunächst zu derselben Veranlassung gegeben hat (die Ehe des Herzogs Anton Ulrich von Sachsen-Meiningen mit Philippine Cäsarea Schurmann, Tochter eines hessischen Hauptmanns) mithin auf Ehen zwischen einem Reichsstande und einer nichtadeligen Person, zumal da die reichsgerichtliche Praxis eben so darüber schwankte, als das Familienherkommen immer verschieden war.

d) Putativ-Ehe.

So heißt die Ehe, wenn ihr zwar ein öffentliches vernichtendes Hinderniß entgegenstand, welches aber den Verehelichten oder wenigstens

Einem derselben unbekannt war. Sie hat zum Vortheil des unschuldigen Theils und der daraus erzeugten Kinder durchaus die Wirkungen einer rechtmäßigen Ehe; und der oder die unwissend gebliebenen Ehegatten haben blos die Verbindlichkeit nach entdecktem Irrthum um Dispensation zu bitten. In indispensabeln Fällen aber muß die Ehe getrennt werden; c. 3. §. 1. X. de clandest. despons. (4. 3.) c. 8. 11. 13. 14. X. qui filii sunt legitimi. — Hartitzsch Eherecht §. 20. u. 95. Indessen lassen mehrere in Schott's Eherecht §. 138. angeführte Autoritäten den Unterschied zwischen den natürlichen und willkürlichen Mosaischen Eheverboten hier Platz greifen. Die Frage, ob auch error juris hier in Betracht komme, muß wohl in der Regel verneinend beantwortet werden, wofern es nicht ein solcher ist, welcher dem error facti gleichgestellt wird, sc. in jure dubio; indessen können Umstände gleichwohl, wie mehrere in Böhmer's J. Eccl. P. Tom. IV. Lib. IV. tit. 17. §. 35. angeführte Beispiele entnehmen lassen, bona fides begründen, welchenfalls vorzüglich favor liberorum überwiegt, und das Dispensationsrecht der geistlichen oder weltlichen Obern leichter Platz greift.

Zu 3) Sie fordert

a) dreimaliges kirchliches Aufgebot; c. 3. X. de clandestina desponsat. Concil. Trident. Sess. 24. c. 1. de reformat. matrim., welches mit der Wirkung peremtorischer Citation bekleidet ist, cap. ult. X. qui matrim. accusare possunt;

b) die feierliche Erklärung des Eheconsenses und zwar

   α) bei den Katholiken: vor dem Pfarrer*) und zwei Zeugen, Conc. Trid. Sess. 24. c. 1.

   β) Bei den Protestanten in dem kirchlichen Trauungsact selbst, welcher bei ihnen zur wesentlichen Form der Ehe gehört, während er in der katholischen Kirche nur zur feierlichen Vollziehung der, gleichwohl schon vermöge des coram parocho et duobus testibus erklärten Eheconsenses nach c. 2.

---

*) Da bei dem Pfarrer nicht sein kirchlicher Charakter, sondern nur seine Eigenschaft als Zeuge in Betracht gezogen wird, so schadet es nicht, wenn er gleich suspendirt oder excommunicirt ist; Sanchez de matrim. Lib. III. Disp. 21., Stapf Pastoralunterricht S. 157., Jacobson im Rechtslexikon Bd. III. S. 557. An Orten, wo kein katholischer Geistlicher vorhanden ist, genügt die Erklärung vor 2 Zeugen; Sanchez a. a. O. Disp. 18. wie auch da, wo das Concil. Trid. nicht promulgirt ist; Glück Thl. XXIV. S. 356., Hartitzsch Eherecht §. 164., Schott Eherecht §. 162.

causa 27. qu. 2. — cap. 23. u. 25. X. de sponsal. (4. 1.) cap. 28. 30. u. 31. X. eod. — cap. 14. X. de despons. impub. (4. 2.) c. 3. X. de clandest. desponsat. (4. 3.), Glück a. a. O. Bd. XXIV. S. 367. in der Eigenschaft eines Sacraments anzuerkennenden, Ehe gerechnet wird.

Zu 4) Durch den Pfarrer, in dessen Parochie die Verlobten wohnen, oder wenn sie von verschiedener Confession sind, in der Kirche jeder Religionspartei; s. v. Gönner Rechtsfälle und Ausarbeitungen Bd. III. no. 31. (wo von den Juristenfacultäten in Erfurt und Landshut gleichförmig eine Observanz, auf welche der katholische Geistliche das Recht begründete, ein Paar von verschiedener Confession ohne von der andern Seite beigebrachte literae dimissoriales et testimoniales zu trauen, als ungiltig erkannt wurde), oder wenn sie an verschiedenen Orten eingepfarrt sind, in der Parochie jedes Orts; s. Boehmer J. Eccl. P. T. III. Lib. IV. Tit. III. §. 32. — Wiese Handb. d. Kirchenr. Thl. III. Abth. I. §. 421., und wenn sich ein Theil eine Zeit lang an einem dritten Ort aufgehalten hat, oder dort erzogen ist, auch an diesem; Glück a. a. O. Thl. XXIV. S. 316. §. 1219. Entschuldigt wird das Unterlassen des Aufgebots, wenn dem Geistlichen keine Ehehindernisse bekannt sind, und die Ehe sonst gar nicht hätte geschlossen werden können, wie bei Trauungen auf dem Todtenbett; Conc. Trident. Sess. 24. c. 1. de reform. matrim., Eichhorn Kirchenr. S. 331. u. 315. not. 18.

Zu 5) Bei Ersteren dem Bischof oder Generalvikar; Conc. Trident. Sess. 24. c. 1. de reform. matrim.; bei Protestanten dem evangelischen Landesherrn oder auch dem Consistorium, je nach der Landesverfassung; Boehmer Princ. jur. can. §. 355. not. d.

Zu 6) Ja; die Ehe muß mit allen gesetzlichen Feierlichkeiten wieder erneuert werden; Boehmer J. Eccl. P. T. IV. Lib. IV. tit. 19. §. 47., Glück a. a. O. Thl. XXIV. S. 319. und auch die Proclamation kann ohne Dispensation nicht unterbleiben.

Zu 7) Die Meinung, welche Schmalz im Handbuch des canon. Rechts §. 294. aufstellt, daß die Trauung ohne Aufgebot nichtig sey, ist im Allgemeinen gesetzlich nicht begründet; denn c. 3. §. 1. X. de clandest. despons. setzt eine auf diese Weise in verbotenen Graden geschlossene Ehe voraus, und das Conc. Trident. Sess. 24. c. 1. hat an jenem Concilio Lateranense nichts geändert. Wo demnach nicht besondere Landesgesetze etwas Anderes bestimmen, da zieht die Unterlassung des Aufgebots blos Strafe nach sich, c. 3. §. 2. X. de cland.

despons., Glück a. a. O. S. 319. Hartitzsch Handb. d. Eherechts §. 158.

Zu 8) Nein; s. Boehmer J. Eccl. P. Lib. IV. Tit. III. §. 35., Hartitzsch a. a. O. §. 161.

Zu 9) Sie pflegt ihnen in Deutschland nach der Observanz erlassen zu werden; s. Schott Eherecht §. 161., Glück a. a. O. S. 319., Hartitzsch a. a. O. §. 159., Mencken Diss. de omissa proclam. sacerd. Th. 5.

Zu 10) Sie kann nur von einem ordinirten Geistlichen und zwar vom parochus proprius, nämlich von dem Seelsorger der Brautleute, oder dem, in dessen Parochie sie gehören, und zwar, wenn sie zweierlei Seelsorger haben, von Einem derselben vorgenommen werden, wobei indessen meist der Pfarrer der Braut den Vorzug hat; s. Wiese Handb. des Kirchenrechts Thl. III. S. 407, Boehmer jur. paroch. Sect. IV. Cap. III. §. 11., Glück a. a. O. S. 368. Wenn aber Eines der Brautleute mehrere Domicile hat, so hat derjenige Pfarrer zu trauen, in dessen Parochie sich die Verlobten zur Zeit der Schließung der Ehe befinden, was auch von Vagabunden gilt; Glück a. a. O. Thl. XXIV. S. 354. Bei gemischten Ehen wird bisweilen die Wahl gelassen, doch regelmäßig ist der Pfarrer des Bräutigams der competente, und wird dann eine Nachtrauung durch den Pfarrer der Braut gestattet; Jacobson im Rechtslex. Bd. IV. §. 564.

Zu 11) Nein, und zwar bei den Katholiken um so weniger, als bei ihnen die Trauung nur ad solemnitatis matrimonii arbitrarias gerechnet wird; s. Glück a. a. O. S. 367., welche jedoch zufolge der Adhortation im Conc. Trident. der Cohabitation noch vorhergehen soll, mithin nur zur Consummation der Ehe gehört; Glück a. a. O. S. 371.

Zu 12) Ja, weil dies keine Jurisdictions-, sondern eine bloße Pastoralhandlung ist; s. Glück a. a. O. S. 356.

Zu 13) Der Unterschied beider Confessionen liegt bekanntlich darin, daß bei der protestantischen die priesterliche Einsegnung wesentlich ist, bei den Katholiken aber nur nur das vor Pfarrer und Zeugen gegebene Jawort, welches bei den Protestanten mit dem Trauungsact in Eins zusammenfällt. Mehrere Rechtslehrer behaupten, es müßten die Formvorschriften beider Confessionen beobachtet werden; s. Glück Thl. XXIV. S. 361., Schnaubert Beitr. z. deutsch. Staats- und Kirchenrecht Thl. I. no. 1. §. 15., Hartitzsch Eherecht §. 173. Dagegen hält Wiese im Handb. des Kirchenr. Thl. III. S. 175. Eines von beiden für genügend, bemerkt aber dabei, daß die Obser-

ganz nicht überall gleich sey, indem an manchen Orten die Form der Schließung der Ehe sich nach der Confession des Bräutigams, an anderen nach der Confession der Braut richte, und wieder an anderen Orten von dem Ortsgeistlichen, wenn nämlich nur Einer am Ort ist. vollzogen werde.

Zu 14) Der geistlichen Behörde, nämlich in der katholischen Kirche dem Bischof der Diöcese, mit Ausnahme der vom Papst sich reservirten Fälle; — bei den Protestanten dem hierzu vom Landesherrn bestellten Consistorium; überall aber nur so weit, als sich der Streit auf das Eheband selbst, nämlich Schließung der Ehe, die ehelichen Pflichten während der Ehe und die Trennung derselben bezieht; Hartitzsch a. a O. §. 23.

Zu 15) Diejenigen, welche die Geschlechtsreife (pubertas)*) noch nicht erreicht haben; l. 4. D. 23. 2. — l. 32. §. 27. D. 24. 1. — l. 9. D. 23. 1. — c. 8. c. 9. X. de desponsat. impuber. — c. ult. X. eod. oder von Natur aus unvermögend sind — spadones, frigidi, castrati, c. 2. X. de frigidis et maleficiatis. Consequent wären auch Greise ausgeschlossen, und waren es auch nach dem älteren Recht, welches aber Justinian in l. 27. C. 5. 4. abänderte, sowie auch im canonischen Recht das Geschlechtsverhältniß überhaupt nicht mehr den ausschließenden Charakter, sondern nur einen Theil der durch die Ehe zu begründenden Gemeinschaft ausmacht; quam quis tanquam uxorem habere non possit, habeat ut sororem; can. 6. u. 11. causa 32. qu. 1. u. 2. — Cap. 2. 3 — 6. X. de frigidis et maleficiatis (4. 15.) daher die Unmöglichkeit des gedachten Zwecks oder die unheilbare Unfähigkeit zum Beischlaf die Trennung der Ehe zwar begründen kann, aber nicht muß; Glück Thl. XXIII. S. 138. §. 1205. Da nicht Alles was natürlich ist, sondern nur das, was entweder unmittelbar, oder mittelbar durch das Beispiel, dem Gemeinwesen oder höhern Staatszwecken nachtheilig erachtet wird, der Verwerfung durch gesetzliche Bestimmungen unterliegt, so gelten auch Ehen, welche auf dem Sterbebette geschlossen werden; s. Cocceji Diss. de matrimonio in articulo mortis contract. Regiomont. 1735. Nur die Castratenehe (welche in der deutschen Encyclopädie Thl. VII. S. 911. eine privilegirte Hurerei genannt wird) und die Ehe mit solchen Spadonen, qui utroque teste carent, sind durch eine Verordnung des Papstes Sixtus v. J. 1587.

*) Die Römer nahmen dafür bei Männern das 14., bei Mädchen das 12. Jahr, das canonische Recht noch ein jüngeres Alter als zulässig an, c. 3. 8. 10. 14. X. de desponsat. impub. Die neuern Gesetzgebungen fordern für Mädchen das 14., für Männer das 18. Jahr.

eben so wie nach R. R. — l. l. 30. D. 23. 2. — l. 39. §. 1. D. 23. 3. — verboten, gleichwohl aber dispensabel; Glück Thl. XXIII. S. 149.; Schott Eherecht §. 84. Delphinus de conjugio Eunuchorum, vulgo die Kapaunenheirath Lips. 1753. Wahnsinnigen ist die Ehe untersagt c. 24. X. de sponsal. 4. 1.

Zu 16) Wird vorausgesetzt:

a) daß dieser Zustand schon bei Schließung der Ehe vorhanden war; denn ein malum superveniens kann wenigstens nicht als vernichtend in Betracht kommen; c. 25. causa 32. qu. 7. c. 2. X. de conjugio leprosor. (4. 8.);

b) daß er dem andern Theil unbekannt war; c. 2. 4. 5. X. de frigid. et malefic. (4. 15.);

c) daß er unheilbar sey; c. 3. X. 4. 15. — Boehmer J. E. P. Lib. IV. tit. 15. §. 38. — Das canonische Recht betrachtet jedoch das aus dem Unvermögen entstehende trennende Hinderniß nur als ein Privathinderniß, das durch die Einwilligung, in solch' unvollkommener Ehe zu leben, gehoben wird; s. Eichhorn Kirchenrecht Bd. II. S. 346.

Zu 17) Das Geständniß beider Theile genügt nicht, sondern es muß immer ärztliche Untersuchung hinzukommen, und nur dann kann die Annullirung der Ehe sogleich erfolgen, c. 5. X. de frigid. et malef. (4. 15.), wenn diese mit jenem übereinstimmt, und der andere Theil nicht widerspricht. Widerspricht dieser, so muß die Untersuchung durch einen andern Arzt wiederholt werden, und stimmt deren Resultat mit dem zuerst gewonnenen überein, so steht der Nichtigkeitserklärung der Ehe nichts mehr im Wege; s. Schott Eherecht §. 83., Hartitzsch Eherecht §. 42.

Es kann aber auch öfters vorkommen, daß der Arzt sich nicht getraut, ein sichres Urtheil zu fällen; dann tritt, die Impotenz mag nun vom andern Theil zugestanden seyn oder nicht, das experimentum triennii ein; die Ehe kann desfalls, wenn sie schon 3 Jahre bestanden hat, sogleich, wo nicht aber, nach Ablauf des triennii aufgehoben werden, doch in jedem Fall nur nach Ableistung des Collusionseids, welcher, wenn beide Theile über die Thatsache der Impotenz übereinstimmen, von Beiden, wenn aber dieselbe nur vom klagenden Theil behauptet, vom andern aber in Abrede gestellt ist, lediglich vom klagenden Theil abzuleisten ist; Nov. 22. c. 6. — c. 5. u. 7. X. (4. 15.) c. 1. causa 33. qu. 1. — Boehmer J. E. P. Lib. IV. tit. 15. §. 30. u. 32., Wiese Handb. des Kirchenr. Thl. II. §. 276. S. 627. — Glück Thl. XXVI. §. 1261. S. 284.; Eichhorn Kirchenr. Bd. II. S. 347.

Zu 18) Einige Rechtslehrer wollen die Bejahung dieser Frage in c. 1. u. 5. X. de frig. et malef. (4. 15.) gegeben finden. Hellfeld Jurispr. for. L. 24. tit. 2. §. 1261., Wernher T. I. P. III. Obs. 56. Andere äußern sich darüber ganz unbestimmt, z. B. Thibaut im System d. P. R. §. 342., v. Quistorp in d. rechtl. Bemerk. Thl. I. no. 25. S. 103., wieder Andere behaupten, daß der wegen Impotenz ihres Ehemannes klagenden Gattin auch bei jahrelangem Schweigen das rechtliche Gehör nicht entzogen werden könne, indem sie sich auf das in c. 6. X. de frig. et malef. (4. 15.) befindliche Beispiel beziehen; s. Glück Thl. XXVI. S. 297. 2c., Boehmer J. E. P. Lib. IV. tit. 15. §. 23., was den Grundsätzen vom Verzicht der Rechte gemäß scheint.

Zu 19) Der andere Ehetheil muß dann die Ehe mit dem vorigen Ehegatten wieder fortsetzen; c. 1. 5. 6. X. de frig. et malef (4. 15.) [doch nur, wenn nicht inmittels eine andere Ehe giltig eingegangen ist.]

Zu 20) Ja; s. c. 23. u. 25. X. de sponsal.

Zu 21) Wahre Zwitter, wenn es solche gibt — sind zur Ehe schlechterdings untüchtig, bei vorgeblichen Zwittern aber muß es nach l. 10. D. de statu hominum (1. 5.) auf Bestimmung des wahren Geschlechts ankommen; s. Schott Eherecht §. 85.

Zu 22) Wegen einer verheimlichten venerischen Krankheit, welche die Ehefrau in die Ehe gebracht hat, wird die Ehe allerdings für nichtig erkannt; s. Schott a. a. O. §. 5., Schmidt hinterl. Abhandl. Bd. I. S. 49. und mehrere in Schwarze und Heyne Unters. S. 180. angeführte Erkenntnisse, s. auch Seuffert's Archiv Bd. I. S. 241. Zwar scheint der tit. X. de conjug. lepros. (4. 8.) die Ehe mit einem venerischen Gatten für verbindlich zu achten, dieser Titel handelt aber mehr von den erst nach geschlossenem Vertrag entstandenen ansteckenden Krankheiten. — Neuere Kirchenrechtslehrer erklären überhaupt den Antrag auf Annullation der Ehe für begründet, wenn sich nach der Abschließung solche Mängel finden, die voraussetzlich den andern Theil nicht blos nach seinen individuellen Verhältnissen und Neigungen, sondern deshalb abgehalten haben würden, weil sie das Wesen der Ehe selbst unmittelbar gefährden, so daß die Verweigerung der Annullation zugleich ein Zwang zur Verzichtleistung auf ein wesentliches Moment der Ehe wäre — körperliche die Geschlechtsgemeinschaft hindernde Gebrechen, dauernde geistige Krankheiten, ja alle größeren sittlichen Mängel; s. Römer Beweislast hinsichtlich des Irrthums

S. 4., Richter Kirchenr. §. 252., Jacobson in Weiske's Rechtslexikon Bd. III. S. 539. ꝛc.

Zu 23) Beim Betrug pflegt man zu unterscheiden, ob der betrügende Theil den andern thätig durch falsche Vorspiegelungen hintergangen, oder sich nur schweigend verhalten hat. Im ersten Fall soll der Betrogene unbedingt die Ehe anfechten können, im andern nur, wenn er in einen wesentlichen Irrthum — gleichviel ob durch den andern Theil oder durch einen Dritten versetzt worden war; s. Schott Eherecht §. 90.

Aus einem Betrug in Hinsicht auf das Vermögen wird nach mehreren Erkenntnissen des O.=A.=G. in Dresden nur dann eine Ehenichtigkeit mit Recht abgeleitet, wenn eine Ehe dadurch herbeigeführt ward, in welcher es den Eheleuten an dem Bedarfe zur Erhaltung eines ihren bürgerlichen Verhältnissen entsprechenden Hausstandes fehlt, wobei nicht nur das Vermögen und die Erwerbsfähigkeit des Mannes, sondern auch das Vermögen der Frau zu beachten ist; s. Ackermann Rechtssätze N. F. I. S. 334., Mittheilungen des Voigtländ. Vereins 1837. S. 31. u. 92., Erk. d. O.=A.=G. in Lübeck, s. Souchay Anmerk. zur Frankfurter Reformation Bd. II. S. 556. und d. O.=A.=G. in Dresden in Schwarze u. Heyne Unters. S. 203., Kori Erörter. pr. Rechtsfragen Bd. III. no. XVI.

Ueber den Einfluß des Irrthums auf die Giltigkeit der Ehe weichen übrigens vorzüglich die katholischen und die protestantischen Kirchenrechtslehrer sehr von einander ab. Die letzteren räumen dem Irrthum schlechthin eine vernichtende Wirkung ein, wenn derselbe schuldlos und dabei wesentlich ist. Als wesentlich gilt er ihnen z. B., wenn sich hinterher erst befunden hat, daß die Frau vorher mit Andern Unzucht getrieben hat; c. 25. X. de jurejur. 2. 24., s. Mühl Kirchenrecht S. 318., Schott Eherecht §. 89., Schmidt Inst. jur. eccles. T. II. §. 94., Boehmer J. E. P. T. III. Lib. IV. Tit. V. §. 2. Glück Thl. XXII. S. 437. und die von ihm angeführten Autoren, Jacobson in Weiske's Rechtslex. Bd. III. S. 540., Hartitzsch Eherecht §. 303., Leyser Vol. V. Sp. 315. Med. 11.*) Die katholischen

*) Indessen stößt man auch in protestantischen Gerichten zuweilen auf abweichende Ansichten. Z. B. die Ableitung einer Ehenichtigkeit aus einem Beischlafe, den die Frau vor Abschluß der Ehe mit einem Dritten vollzog, ward von dem O.=A.=Ger. Cassel 1833. und 1841. nur alsdann für statthaft erachtet, wenn des vorigen Beischlafs Folge in Ungewißheit der Vaterschaft eines Kindes der Frau besteht. Als unerheblich ward betrachtet einestheils ein solcher Beischlaf, woraus eine Schwängerung gar nicht entstand, und anderntheils die

Kirchenrechtslehrer hingegen unterscheiden insgemein zwischen error circa substantiam matrimonii, veluti circa personam, z. B. wenn man unwissend eine allzu nahe Verwandte geheirathet, oder wenn man eine von Geburt Unfreie für eine Freie gehalten hat, nach can. 4. causa 9. qu. 2. Cap. 2. 4. X. de conjugio servor. (4. 9.), und error circa qualitatem personae. Im ersten Fall wirkt der Irrthum vernichtend, im zweiten nicht. Da nun defectus virginitatis zu den Qualitäten einer Person gehört, und der casus graviditatis in jenem defectus begriffen ist, so lassen sie in beiden Fällen die Ehe nicht annulliren. Hiervon nehmen Mehrere nur den Fall aus, wenn eine gewisse Qualität ausdrücklich bedungen worden ist, quia contractus conditionatus deficiente conditione nullus est, Andere ganz rationell auch den Fall eines error circa qualitatem, cui *ex communi hominum aestimatione* contrahentium consensus tacite affixus merito creditur. Schenkl in jure eccles. T. II. §. 628., v. Gönner Rechtsfälle Bd. III. no. 28. S. 1. ꝛc., Sanchez de matrim. Lib. VII. Disp. 8. no. 21., Schmidt Inst. jur. eccles. T. 2. pag. 146., was auf den casus graviditatis ohne Zweifel anwendbar ist, denn — sagt Pufendorf in jure nat. et gent. Lib. IV. c. 1. §. 21. — conjugium initur, ut suam quisque prolem tollat, non adulterinam, non suppositam. Einen wichtigen Unterschied findet v. Gönner a. a. O. zwischen verschwiegenem Mangel der Jungfrauschaft und verhehlter Schwangerschaft, und hält daher die canones, welche durchaus nur vom ersteren Fall handeln, nicht auf den zweiten Fall anwendbar, in welchem offenbar Betrug obwalte. In diesem Fall statuirt auch das Oesterreichische Gesetzbuch Art. 58. die Nichtigkeit der Ehe; vgl. Bernard Saur Abh. über die Frage: ist die Ehe, wenn der Ehemann seine Gattin nach der Verehelichung von einem Andern schwanger findet, auch in geistlicher Hinsicht ungiltig zu erklären? Manheim 1839. Diesen Ansichten scheint auch nicht das Dogma des Sacraments entgegen zu stehen, da das Sacrament immer einen giltigen

---

mit dem Ehemann selbst verübte anticipatio concubitus, indem sein Glaube, jene habe nur mit ihm fleischlichen Umgang gepflogen, vorausgesetzt werden müsse; Strippelmann Entsch. II. S. 289. Mehr wollte aber 1839 das O.-A.-Ger. in Wiesbaden dem Ehemann obige Klage erschweren. Denn es legte alles Gewicht vielmehr auf die Gewißheit der Causalität der Schwängerung aus dem mit dem Dritten verübten Beischlafe, und belastete daher den Ehemann, der blos einen im 6. Monat vor der Niederkunft seiner Frau mit ihr vollzogenen concubitus eingestand, mit der Nachweisung der Reife des zur Welt gebornen Kindes, während der Frau ihre Vertheidigung mittelst Darthuns noch früheren concubitus anticipati freigestellt war; s. Flach Entsch. II. S. 114.

Contract als materia sacramenti voraussetzt, und dasselbe ja auch bei einem Irrthum circa conditionem personae durch die hier unbestrittene Annullirung der Ehe nicht für verletzt erachtet wird.

Gegen die unbegrenzte Strenge der von den meisten katholischen Kirchenrechtslehrern angenommenen Grundsätze, welche sich zunächst auf can. un. causa 29. qu. 1. im Decreto Gratiani stützt: qui ducit in uxorem meretricem vel corruptam, quam putat esse castam vel virginem, non potest eam dimittere et aliam ducere, dürfte wohl am entscheidendsten seyn, was in einem Erkenntniß des Spruchcollegiums zu Erlangen (s. Seuffert's Archiv Bd. VI. H. 2. S. 284.) bemerkt ist. „Bekanntlich besteht das Decr. Gratiani aus den s. g. dictis oder partibus Gratiani und aus den einzelnen Stellen, die zur Bestätigung des von Gratian Gesagten dienen sollen, und nur die letzteren, nicht auch die ersteren haben Gesetzeskraft erhalten; s. Walter Lehrb. des Kirchenr. S. 95. d. 1. Ausg., Eichhorn Grunds. d. Kirchenr. Bd. I. S. 330.*) Nun trifft es sich aber, daß Gratian für jene in der causa 29. cit. angeführte Behauptung keine Beweisstelle hat anführen können, und so steht denn jene Behauptung blos als ein dictum von ihm ohne eigentliche Gesetzeskraft da."

Das O.-A.-G. in Wiesbaden erkannte eben so auf Nichtigkeit der Ehe; s. Flach Entsch. Thl. II. no. 14. §. 3. u. 4. ausgehend von dem Grundsatze, daß, während sowohl in can. un. causa 29. qu. 1. als in can. 4. u. 6. causa 29. qu. 2. u. in cap. 2. u. 4. X. de conjugio servor. (4. 9.) ausgesprochen ist, daß ein Irrthum über eine vorausgesetzte wesentliche Eigenschaft des andern Theils die Wirkung der Nichtigkeit habe, dem Richter die Anwendung dieses Grundsatzes überlassen bleibe.

Zu 24) Nein, sondern solche Bedingungen werden pro non adjectis erachtet, c. ult. X. de condit. adpos. in despons.

Zu 25) Nach dem Tridentinischen Concil ist, was früher zweifelhaft war, s. Eichhorn Kirchenr. S. 358. eine Ehe demungeachtet unauflöslich, c. 6. X. de raptor. Concil. Trident. Sess. 24. de reform. matrim. cap. 1., c. 13. X. de sponsal. 4. 1. c. 6. X. de cond. appositis 4. 5.; nach dem protestantischen Kirchenrecht aber scheint kein gegründeter Zweifel dagegen obzuwalten, daß die Ehe diesfalls wieder aufgehoben werden könne, wenn auch der Beischlaf oder eine eid-

*) Welcher indessen zwar nicht wegen der causa 29. qu. 1., jedoch wegen cap. 25. X. de jurejur. (2. 24.) der strengeren Meinung anhängt, wogegen zu erinnern, daß das c. 25. cit. nur von einem beschworenen Eheverlöbniß spricht.

liche Verpflichtung hinzugekommen wäre; s. Schott Eherecht §. 93. — Glück Thl. XXIII. §. 1196. — indessen sind auch für die entgegengesetzte Meinung bedeutende Autoritäten anzuführen; s. Boehmer Princ. jur. can. §. 369., Carpzov jurispr. consistorial. Lib. II. Def. 60., Mittermaier Grundsätze des deutschen Privatr. §. 329., Thomasii Fr. de validitate conjugii invitis parentibus contracti et per benedictionem sacerdotis depositi consummati. Hal. 1722. Jedenfalls wird nach Wiese Handb. des Kirchenr. Thl. III. §. 418. — und Hartitzsch Eherecht §. 128., der Grund der verweigerten elterlichen Einwilligung strenge geprüft und eher auf Erhaltung als auf Trennung der Ehe gesprochen.

Wenn schon die väterliche Gewalt über Töchter durch deren Heirath ganz erlischt, und auch nach Aufhebung der Ehe nicht wieder auflebt, wenn auch die Tochter wieder Unterhalt im Vaterhause empfangen sollte; s. Glück Thl. II. S. 443., so bedarf doch die Tochter zu einer anderweiten Ehe die Einwilligung der Eltern, da dieses Erforderniß nicht sowohl Ausfluß der väterlichen Gewalt, als Folge der den Eltern schuldigen Achtung ist; Carpzov Jurispr. consist. Lib. II. Def. 49. Kind Quaest. IV. c. 8., v. Hartitzsch Rechtsfr. S. 410.

Die richterliche Supplirung des elterlichen Eheconsenses [s. Seuffert's Archiv. Bd. XI. No. 47. Bd. XIII. Nr. 259.] kann alsdann nicht erfolgen, wenn die darum anrufende Tochter noch sehr jung, z. B. 16 Jahre alt ist; s. Erkenntniß des O.-A.-G. in Emminghaus Pand. S. 257. no. 4.

Die Frage: ist ein Arrogirter gehalten, den Consens seiner natürlichen Eltern zu seiner Verheirathung nachzusuchen? hat das O.-A.-G. in Dresden unter Bezugnahme auf Carpzov, jur. consistor. Lib. II. Def. 49. bejahend entschieden, indem die in des Arrogirten Familienverhältnissen eintretenden civilrechtlichen Aenderungen die blutsverwandtschaftlichen Verhältnisse und den durch diese bedingten metum reverentialem unberührt lassen; Kritz Rechtsfälle Bd. V. S. 356., Emminghaus Pand. S. 257. not. 1.

Zu 26) Dann gibt die Stimme des Vaters den Ausschlag, s. Schott a. a. O. §. 93. in not.

Zu 27) Nein; s. l. 20. D. 23. 2. — l. 8. C. 5. 4. — Leyser Sp. 307. Med. 2.

Zu 28) Wenn zu einem giltigen Ehegelöbniß der Beischlaf hinzugekommen ist, und entweder wegen böslicher Entweichung oder we-

gen beharrlicher Weigerung des Bräutigams die Trauung nicht erfolgen kann; Schott Eherecht §. 150. u. 151.

Das rechtskräftige Erkenntniß gegen den Bräutigam, daß er die Verlobte zu ehelichen habe, ersetzt hier allemal das factum, auch wenn derselbe nachher durch den Tod an dem Vollzug der Heirath gehindert worden wäre. Res judicata pro veritate accipitur. l. 25. D. 1. 5., Gengler Lehrb. des deutschen Privatr. II. S. 844., Gett die Rechtsverhältnisse aus der außerehelichen Geschlechtsgemeinschaft §. 27. — Eichhorn deutsch. Privatr. §. 354. lit. d. erkennt Brautkinder, wenn sie durch eine richterliche Sentenz für eheliche erklärt sind, auch in Lehen als successionsfähig da an, wo legitimati in solche succediren können.

Zu 29) Nach katholischem Kirchenrecht hat die bejahende Meinung wenigstens in den Decretalen c. 15. 30. 32. X. de sponsalibus eine Stütze, wenn auch die dafür von ihren Vertheidigern angeführten l. 22. C. 5. 4. u. c. 12. X. qui filii sint legitimi wohl nichts zur Entscheidung beitragen; da aber jenem älteren Grundsatz des canonischen Rechts, daß durch den zu den Sponsalien hinzukommenden Beischlaf der Eheconsens hinlänglich begründet werde, das Conc. Trident. Sess. 24. de reform. matrim. c. 1. da, wo es promulgirt ist, entgegensteht, so würde, wie deshalb in der bayerischen Gesetzgebung angenommen worden ist, s. Kreittmayr Anmerk. ad Cod. Max. Civ. P. I. Cap. III. §. 5. no. 6., in solchen katholischen Ländern auch dieser Grund, welcher bei den Protestanten ohnehin niemals Platz greifen konnte, hinfällig werden. Gleichwohl ist sowohl in protestantischen als in katholischen Ländern die mildere Ansicht durchgedrungen. Seit der Mitte des 17. Jahrhunderts (vergl. ein bei Gengler a. a. O. S. 843. angeführtes Urtheil der Helmstädter Juristenfacultät v. J. 1667. und mehrere Erkenntnisse des O.-A.-G. zu Celle v. J. 1736. u. 1769.; s. Pufendorf Obs. jur. un. T. I. Obs. 210. T. IV. Obs. 245.) hat sich in der deutschen Praxis und Theorie die Ansicht ausgebildet, daß einem Verlöbnisse welches, nachdem auch die Beiwohnung der Verlobten hinzugekommen war, ohne Verschulden der Braut unerfüllt blieb, zu Gunsten dieser und des aus dem Beischlafe entsprungenen Kindes die bürgerlichen Wirkungen einer Ehe beigelegt werden dürfen; s. Glück Thl. II. §. 116., Hofacker Princ. jur. civ. T. I. §. 545., Schott Eherecht §. 150., Boehmer Princ. jur. can. §. 352., Lobethan Einl. zur theoretischen Eherechtsgelehrsamkeit Thl. II. Bd. I. Abschn. 4. §. 4. ꝛc. Dieser Gerichtsbrauch ist um so weniger zu bezweifeln, als er in mehreren deutschen Ländern auch landesherrliche ausdrückliche

Sanctionen erlangt hat, z. B. in Sachsen und Württemberg, s. Glück a. a. O., in dem Verlöbnißgesetze für Weimar von 1848. §. 11. und schon in den Kursächsischen Decisionen v. J. 1661. no. 49.; s. Haubolds Handb. S. 213., in Preußen vermöge Rescr. v. 22. Febr. 1768. vergl. Landr. Thl. II. Tit. 2. §. 597. Gewiß ist ein Gerichtsbrauch nicht zu tadeln, welcher die unverschuldet eingetretene Unmöglichkeit einer beabsichtigten Leistung der wirklichen Leistung gleichstellt, und welcher blos zu vermeiden sucht, daß die politischen Beschränkungen des unabänderlich wahren Grundsatzes: consensus facit nuptias, weiter erstreckt werden, als es in ihrem Grund und Zweck liegt, und daß einem nicht zu ahnenden unglücklichen Zufall die Macht gegeben werde, Mutter und Kind den traurigen Folgen für immer preiszugeben, welche die Gesetze doch nur gegen Ausartungen der Wollust beabsichtigten.

Zu 30) Sie gilt als matrimonium praesumtum, was dann auch den Kindern in Ansehung ihrer Legitimität zu statten kommt; s. l. 9. C. 5. 4. — Glück Thl. XXIII. §. 1198. in f. S. 73., jedoch pflegt man sie häufig einer nochmaligen Trauung zu unterwerfen, wenn nicht die Ursache, durch welche sie zum Verlust der erforderlichen Beweismittel gekommen sind, dargethan werden kann.

Zu 31) Da die Nothwendigkeit der Trauung nur von den Landesrechten auch bei den Protestanten abhängt, so muß auch das Dispensationsrecht des Landesherrn anerkannt werden; Boehmer J. E. P. T. III. Lib. IV. tit. 3. §. 46., Leyser Vol. IX. Sp. 585. M. 19., jedoch wie alle Privilegien mit der Einschränkung, daß durch die Dispensation nicht wohl erworbene Rechte Einzelner verletzt werden dürfen; s. Glück Thl. XXIV. S. 358. —

---

§. 51.

2. Von den Ehehindernissen und der Dispensation von denselben.

1) Was ist für ein Unterschied zwischen impedimentis impedientibus und dirimentibus?

2) Wie sind die letzteren oder die vernichtenden Hindernisse in ihrer Wirksamkeit verschieden, je nachdem sie öffentliche oder Privathindernisse sind?

3) Welche Hindernisse gelten in Ansehung der Zeit der Eingehung der Ehe? oder welche wirken nur temporär?
4) Sind das interdictum ecclesiae, welches zuweilen erlassen wird, wenn der Verwandtschaftsgrad noch näherer Ausmittelung bedarf, ferner das Privatgelübde der Keuschheit und eine auferlegte feierliche Buße impedimenta impedientia?
5) Welchen Personen kann ein Einspruch gegen die Contrahirung der Ehe zustehen, und wie lange?
6) Welches sind die vernichtenden öffentlichen Hindernisse?
6 a) Welches sind trennende Privathindernisse?
7) Wenn von jüdischen Ehegatten der eine Theil zur christlichen Religion übergeht, kann dann der andere gegen gleichen Uebertritt abgeneigte Ehetheil die Scheidung verlangen?
8) Was für eine Folge hat ein öffentliches Ehehinderniß, wenn es zwar vor Schließung der Ehe existent, aber den sich ehelichenden, oder Einem von ihnen unbekannt war? oder
9) wenn dasselbe erst während der Ehe eintritt?
10) Entsteht eine Verwandtschaft oder Schwägerschaft nur durch eheliche Verbindungen, oder auch aus unehelicher Vermischung mit der Wirkung eines Ehehindernisses?
11) Erlischt eine einmal entstandene Verwandtschaft durch den Tod des einen Theils?
12) Erlischt die Affinität durch den Tod oder die Ehetrennung desjenigen, durch dessen Vermischung sie entstanden war?
13) Welche Berechnungsart der Verwandtschaftsgrade hat in Ehesachen den Vorzug, die römische oder die canonische?
14) Ist zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Geschwistern ein Unterschied in Ansehung der Eheverbote zu machen?
15) Stehen auch zusammengebrachte Kinder (comprivigni) unter dem Eheverbot wegen Verwandtschaft oder Verschwägerung?
16) In welchen Graden ist die Ehe wegen Blutsverwandtschaft verboten?*) und
17) in welchen wegen Schwägerschaft?
18) Was versteht man unter der uneigentlichen Schwägerschaft, und gelten auch bei ihr die Eheverbote?

---

*) Bei den Juden war in der Zeit der Patriarchen die Ehe unter nahen Verwandten nicht unstatthaft, und es findet sich selbst eine Geschwisterehe; 1. Mos. 20. 12.

19) In welchen Graden sind sie in der illegitimen Schwägerschaft zu beobachten?
20) Wodurch kann eine Quasiaffinität entstehen, und bis zu welchem Grade ist da die Ehe verboten?
21) Auf welche Art kann eine geistige Verwandtschaft entstehen und welche derselben begründet ein Eheverbot bei Katholiken oder auch bei Protestanten?
22) Kann auch durch Annahme an Kindesstatt eine Verwandtschaft entstehen, und was sind deren Folgen in Ansehung der Eheverbote wegen Verwandtschaft?
23) Bewirkt die Adoption auch Affinität?
24) Stehen auch zwei von demselben Mann adoptirte Kinder gegenseitig unter dem Eheverbot? — Hat auch die Einkindschaft ein Ehehinderniß der bürgerlichen Verwandtschaft zur Folge?
25) Ist eine gegen die Eheverbote wegen bürgerlicher Verwandtschaft geschlossene Ehe auch in den Fällen ungiltig, in welchen die Ehe nur während der Adoptionszeit untersagt ist?
26) Kann eine bereits giltig geschlossene Ehe durch eine nachfolgende Adoption wieder getrennt werden?
27) Entspringt auch aus einer ungiltigen Ehe ein impedimentum publicae honestatis?
28) Ist dem Ehebrecher die Ehelichung der Person, mit welcher er die Ehe gebrochen, absolut verboten?
29) Wenn Jemand sich bei Lebzeiten seiner Ehefrau mit einer andern versprochen hat, ohne sich mit ihr fleischlich vergangen zu haben, kann er dann gleichwohl nach dem Tod seiner Frau die Andere heirathen?
30) Insbesondere kann die Ehefrau, welche mit einem Andern Anschläge auf das Leben ihres Ehemannes gemacht hat, um Jenen heirathen zu können, ohne jedoch mit ihm Ehebruch begangen zu haben, zur Verehelichung mit demselben gelassen werden?
31) Was gehört nach canonischem Recht wesentlich zum Begriff der Entführung (crimen raptus) und wie ist derselbe durch die Const. Crim. Carolina erweitert worden?
32) Wem steht das Dispensationsrecht von den Ehehindernissen in katholischen und wem in protestantischen Ländern zu?
33) Kann der evangelische Landesherr seinen katholischen Unter-

thanen, und umgekehrt der katholische Landesherr seinen protestantischen Unterthanen Ehedispensationen ertheilen?

34) Kann insbesondere Dispensation von den mosaischen Eheverboten ertheilt werden? und in welchen Fällen wird überhaupt Dispensation versagt?

35) Wie ist die Wirkung der für eine an sich ungiltig geschlossene Ehe ertheilten Dispensation verschieden bei den Katholiken und den Protestanten?

36) Können die aus einer dispensirten Ehe erzeugten Kinder auch in Lehen- und Stammgüter succediren?

37) Kann auch schon aus bloßen Sponsalien, welche nicht zum Vollzug gediehen sind, in gewisser Art ein Ehehinderniß erwachsen?

38) Kann die Ehelichung der Stieftochter mittels eidlicher Erhärtung, mit deren Mutter, ungeachtet der erfolgten kirchlichen Trauung nicht concumbirt zu haben, durch Dispensation bewirkt werden?

Zu 1) Erstere stehen der Schließung der Ehe entgegen, heben aber nicht, wie letztere, die ihnen zuwider geschlossene Ehe wieder auf; s. Hartitzsch Eherecht §. 34.

Zu 2) Da die öffentlichen Ehehindernisse auf Gründen der öffentlichen Ordnung und Wohlfahrt beruhen, die Privatehehindernisse aber blos das Interesse einzelner Betheiligter betreffen, wie z. B. Mangel der Einwilligung, Impotenz rc., so folgt von selbst, daß letztere nur dann wirksam werden, wenn der Betheiligte sein Recht gebrauchen will, dagegen erstere selbst jeden Dritten zum Einspruch berechtigen; cap. 3. X. de divort. — cap. ult. X. qui matrim. accus. poss. — Boehmer Princ. jur. can. §. 586., und der Richter sein Amt auch unaufgefordert verwalten, demnach die schon geschlossene Ehe für null und nichtig erklären muß; cap. 3. und cap. fin. X. qui matrim. accus. poss. (4. 18.)

Zu 3) Sie ist nach l. 11. C. de feriis (3. 12.) nicht an Sonntagen, desgleichen nicht in der Advents- und Fastenzeit und an öffentlichen Buß- und Bettagen nach canonischem Recht gestattet; c. 16. Dist. V. de consecrat. — c. 4. X. de feriis (2. 9.) — Conc. Trident. Sess. 24. Ferner nicht auf die Dauer der Trauerzeit, sowohl nach katholischem als protestantischem Kirchenrecht, und nicht nur Wittwen, sondern auch Wittwern: s. Struben rechtl. Bedenken Thl. III.

no. 16., Dabelow Eherecht §. 292., Hartitzsch Eherecht §. 46. — In allen beschriebenen Fällen wird jedoch Dispensation ertheilt; s. Dabelow a. a. O. §. 140., Schott a a. O. §. 105., Hartitzsch a. a. O. §. 45. u. 46.

Ein temporäres Ehehinderniß kann endlich auch aus dem Vormundschaftsverhältniß erwachsen. Nach R. R. durfte vor Ablegung der Vormundschaftsrechnung und vor Ablauf der Restitutionsfrist weder der Vormund noch sein Sohn, Enkel, Vater und Bruder des Vormunds, welcher mit demselben noch unter der nämlichen väterlichen Gewalt stand, die Pflegebefohlene heirathen, oder auch nur Sponsalien mit ihr schließen,*) auch darf kein heres extraneus des Vormunds dessen Mündel ehelichen; l. 15. D. 23. 1. — l. 59. 60. l. 62. §. 2. l. 64. 66. u. 67. D. 23. 2. — l. 6. C. 5. 6. — Doch gab es auch mehrere Ausnahmen von dieser Regel; s. Glück Thl. XXIV. S. 1216. d. S. 54—84. Heut zu Tage wird dieses Hinderniß durch Ablegung der Vormundschaftsrechnung gehoben und man pflegt nicht die Restitutionsfrist abzuwarten, besonders wenn der Mitvormund und die Obercuratel einwilligt; s. Glück a. a. O. pag. 84., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Vol. II. ad Lib. 23. tit. 2.

Zu 4) Das Erstere ist sogar vernichtend, wenn es von der obersten Behörde erlassen, und die Folge ausdrücklich im Verbot angedroht war; das zweite ist nur nach katholischem Kirchenrecht ein impedimentum impediens, welches Dispensation erforderlich macht; C. 2. u. 5. Dist. 27. — c. 1. causa XX. qu. 3. — C. 22. u. 26. causa 27. qu. 1. — C. 4. u. 5. X. qui clerici (4. 6.) — C. un. de voto in VIto (3. 15.), nach protestantischem Kirchenrecht aber nicht; s. Boehmer J. E. P. Lib. III. tit. 3. §. 22., Wiese Handb. d. Kirchenr. Thl. III. §. 420. — Das Dritte zieht blos eine Kirchenstrafe nach sich; c. 12. u. 19. causa 33. qu. 2., Wiese a. a. O. Thl. II. §. 275.

Zu 5) Wegen Privatehehindernissen kann ein Einspruch zustehen, und zwar so lange, als die Copulation noch nicht erfolgt ist; s. Boehmer J. E. P. Lib. IV. tit. 3. §. 34.

a) demjenigen, welcher aus einem früheren Eheverlöbniß Rechte bereits erworben zu haben behauptet;

*) Das Hinderniß fällt weg, wenn der Vater der Mündel testamentarisch eine solche Ehe gebilligt hat, und gilt auch nicht im Verhältniß der Tochter des Vormunds zum männlichen Pupillen, da bei diesem überhaupt größere Selbstständigkeit vorausgesetzt werden darf; s. Jacobson im Rechtslexikon Bd. III. S. 550.

b) den Eltern, wenn ihre Einwilligung noch nicht erfolgt ist, auch
c) Vormündern, insbesondere gegen eine zweite Heirath, bevor die ersteheIichen Kinder noch nicht wegen ihres Vater- oder Muttergut versichert; s. Schott Eherecht §. 108., Hartitzsch a. a. O. §. 47. 122. u. 133. Auch können
d) in der Staatseinrichtung begründete politische Beschränkungen, z. B. bei Ehen der Staatsdiener, Militärs ꝛc. die Einlegung eines Verbots veranlassen.

Zu 6) Als solche kommen in Betracht:
a) eine noch giltig bestehende Ehe;
b) ein vorausgegangener Ehebruch*);
c) Entführung**) — jedoch mit der Modification des cap. 6. u. 7. X. de raptor. und des Concil. Trident. Sess. 24. cap. 6. quodsi rapta a raptore separata et in loco tuto et libero constituta illum in virum habere consenserit, womit die gemeine Praxis übereinstimmt; s. Glück Thl. XXIV. S. 40., wogegen indessen bei den Protestanten in Betracht kommt, daß die Einwilligung der Entführten ohne hinzukommende elterliche Einwilligung nicht zur Giltigkeit der Ehre hinreicht; s. Boehmer J. E. P. Lib. IV. tit. 2. §. 9. u. Lib. V. tit. 17. §. 150., doch wird wenigstens die Ehe, wenn sie einmal durch priesterliche Trauung vollzogen ist, nicht ohne sehr erhebliche Gründe wieder getrennt; s. v. Quistorp rechtl. Bemerkung Thl. II. no. 39., Wiese Handb. Thl. III. §. 418. S. 388.
d) Religionsverschiedenheit, insofern nämlich einer von beiden Theilen sich nicht zum Christenthum bekennt.***) Zwischen Christen verschiedener Confessionen kann die Ehe nicht verboten werden, wenn auch der katholische Geistliche, weil er den Protestanten als Ungläubigen betrachtet, s. c. 15—17. causa 28. qu. 1. — c. 2. causa 28. qu. 2. — cap. 7. X. de divort. (4. 19.) seine Mitwirkung verweigert, und genügt desfalls die Einsegnung von Seite des Geistlichen der andern Confession,†) s. instrument.

*) S. unten Nr. 28—30.

**) S. Nr. 31.

***) Das römische Recht verbietet namentlich nur die Ehe zwischen Christen und Juden l. 6. C. de Judaeis (1. 9.) In der Abendländischen Kirche ist es nur durch eine allgemeine kirchliche Gewohnheit als Gesetz angenommen, daß die Ehen zwischen Getauften und Ungetauften ungiltig seyen; Glück Thl. XXIV. §. 1216. d. Einzelne deutsche Landesgesetze lassen die Ehe zwischen Christen und Nichtchristen zu, z. B. die Gesetzgebung von Sachsen-Weimar.

†) Wenn ein gemischtes Brautpaar die Ehe zu schließen beabsichtigt und

pacis Osnabruck. Art. V. §. 35., s. Elvers' Themis Bd. I. S. 1. 31. u. 191. — Abh. e. Ungenannten über die gemischten Ehen. Stuttgart 1827., und die darin abgedruckte Declaratio Benedicti XIV. suber matrimoniis inter Protestantes et Catholicos nec non super eadem materia relationes antistitum Belgii et P. D. Cavalchini. Colon. 1746. 8., v. Ammon die gemischten Ehen, namentlich unter Katholiken und Protestanten Leipz. 1839. 2. Aufl. Rechtfertigung der gemischten Ehen zwischen Katholiken und Protestanten, in statistischer, kirchlicher und moralischer Hinsicht von einem katholischen Geistlichen mit einer Vorrede von Leander v. Eß. Cöln 1821.

e) Das feierliche Gelübde der Keuschheit, sonach jeder ordo major, welcher den status clericalis begründet, jedes Klostergelübde, welches beim Eintritt in einen die Ehelosigkeit erfordernden Ritterorden abgelegt wurde;

f) verbotene Verwandtschaftsgrade.

Zu 6 a) Diese entspringen entweder aus dem Mangel der Einwilligung derjenigen Personen, welche bei Schließung der Ehe zu concurriren haben, z. B. wegen Zwangs, Betrugs oder wesentlichen Irrthums oder aus dem Mangel des Vermögens, die eheliche Pflicht zu leisten; Uehlein im Archiv f. d. civil. Praxis Bd. XIV. S. 38., Glück Thl. XXVI. S. 266.

Zu 7) Nein; s. Boehmer J. E. P. Lib. III. Tit. 33. §. 65., Hartitzsch Eherecht §. 56.

Zu 8) Die Ehe wird dann für den schuldlos unwissenden Theil eine Putativehe.

Zu 9) Dann kann es die Wirkungen der Ehe nicht aufheben, can. 25. causa 32. qu. 7., mithin, wenn es durch Schuld eines Ehegatten entstanden ist, nur Strafe und nach Umständen auch Scheidung zur Folge haben; s. Schott Eherecht §. 78.

Zu 10) In beiden Fällen; l. 8. l. 14. §. 2. l. 54. u. 56. D.

---

den katholischen Geistlichen nicht bewegen kann, die Hierologie zu vollziehen, so fordert es von demselben Aufgebot und Dimissorialien, d. i. die Bescheinigung, daß ein canonisches Impediment der Ehe entgegenstehe, worauf derselbe, nachdem er den Consens der Brautleute vernommen, die Ehe in das Kirchenbuch einträgt; s. g. passive Assistenz. Daß eine also begründete Ehe die Eigenschaft des Sacraments habe, ist ohne hinlänglichen Grund bezweifelt worden; s. Walter Kirchenrecht §. 295., Jacobson im R.-Lex. Bd. III. S. 561. und die dort allegirte Autorität Papsts Benedict XIV. de synodo dioecesano. Lib. VII. c. 5. §. 3.

23. 2. — l. 4. C. 5. 4. — c. 6. u. 10. X. de eo, qui cogn. cons. ux. — Schott Eherecht §. 110.

Zu 11) Nein; s. Hartitzsch a. a. O. §. 67.

Zu 12) Die Vorschrift der lex Julia et Papia Popaea: affinitas morte divortiove solvitur, gilt nach canonischem Recht nur in Ansehung aller übrigen Wirkungen der Affinität, nicht aber in Beziehung auf die Eheverbote; §. 6. u. 7. J. 1. 10. — can. 1. causa 35. qu. 10.

Zu 13) Obgleich in den übrigen bürgerlichen Verhältnissen die Civilcomputation angewendet wird, so hat doch in Ehesachen die canonische den Vorzug behalten; s. Glück Thl. XXIII. S. 176. §. 1210., Schott a. a. O. §. 116.

Zu 14) Nein; s. Hartitzsch a. a. O. §. 67.

Zu 15) Nein; denn unter ihnen findet keine Schwägerschaft statt; l. 34. §. 2. D. 23. 2. — §. 8. J. 1. 10., Boehmer J. E. P. Lib. IV. tit. 14. §. 34., Wiese Handb. a. a. O. Thl. II. §. 281. — Hartitzsch Eherecht §. 81.

Zu 16) Sie ist verboten:

a) in der geraden Linie durch alle Grade auf- und abwärts; l. 53. D. 23. 2. — §. 1. J. 1. 10. — l. 17. C. 5. 4. — c. 18. causa 25. qu. 2. 3.;

b) in der Seitenlinie ist zu unterscheiden, ob ein respectus parentelae obwaltet, oder nicht. Im ersten Fall ist auch in der Seitenlinie die Ehe bis in das Unendliche verboten; l. 39. pr. D. 23. 2. — §. 3. u. 5. J. 1. 10. — cap. 8. X. de consang. et affin. (4. 13.), was indessen in Gemäßheit des mosaischen Rechts nur insofern gilt, als die ältere Person ein Frauenzimmer ist; s. Thibaut System d. P. R. §. 400., Höpfner Institt. Comm. §. 123., Glück Thl. XXIII. S. 361. Indessen sind die Meinungen der Rechtsgelehrten darüber verschieden, ob blos die ausdrücklichen mosaischen Eheverbote zu beobachten seyen, oder auch eine Ausdehnung nach der Aehnlichkeit der Grade auf die nicht ausgedrückten, den mosaischen aber ähnlichen Fälle zu statuiren sey; s. Schott Eherecht §. 128. — Im andern Fall, wenn nämlich kein respectus parentelae vorwaltet, ist die Ehe unter vollbürtigen und Halbgeschwistern verboten, auch ohne Unterschied, ob sie aus rechtmäßiger Ehe oder aus unehelichem Beischlaf entsprossen sind; §. 2. J. 1. 10. — l. 8. l. 54. D. 23. 2. — can. 2. §. 1. causa 35. qu. 5., übrigens bis im zweiten Grad der gleichen

und im dritten Grad der ungleichen Seitenlinie, nach protestantischem Kirchenrecht; — s. Boehmer J. E. P. Lib. IV. tit. 14. §. 27., Wiese Handb. d. Kirchenrechts Thl. III. §. 420., dagegen nach katholischem Kirchenrecht bis in den vierten Grad der gleichen Seitenlinie. cap. 8. X. de cons. et affinit. (4. 14.), in der ungleichen Seitenlinie ist es genug, wenn die eine Person im fünften Grad vom gemeinschaftlichen Stammvater entfernt ist; Glück Thl. XXIII. S. 357., Richter Lehrb. des Kirchenr. §. 257.

Zu 17) Nach canonischem Recht finden hier dieselben Grundsätze und Gradverhältnisse statt, wie bei der Verwandtschaft; Glück Thl. XXIII. S. 386. Auch in den meisten protestantischen Kirchenordnungen ist angenommen, daß nur in der Schwägerschaft erster Gattung*) das Eheverbot eben so wie in der Verwandtschaft gilt, folglich in der Seitenlinie im zweiten Grad der gleichen und im dritten Grad der ungleichen Linie, so weit nicht ein respectus parentelae entgegensteht, welcher aber auch hier nur dann berücksichtigt zu werden pflegt, wenn die Respectsperson ein Frauenzimmer ist; s. Glück Thl. XXIII. S. 392., Wiese a. a. O. Thl. III. §. 420., Schott a. a. O. §. 128., Schnaubert Grunds. d. Kirchenrechts §. 244., Richter a. a. O. §. 258. Glück führt auch a. a. O. S. 389 eine übereinstimmende Entscheidung der römischen Curie an.

Zu 18) Man unterscheidet zwar drei genera affinitatis, da aber die Eheverbote für die 2te und 3te Gattung aufgehoben sind, c. 8. X. de consangu. et affin. 4. 14. so kommt nur mehr das erste genus oder die eigentliche Schwägerschaft in Betracht. Man hat aber doch das im R. R. des Anstands halber enthaltene Verbot der Ehe des Stiefvaters mit der Wittwe des Stiefsohns, und der Stiefmutter mit dem Wittwer der Stieftochter in mehreren Particulargesetzgebungen beibehalten; s. Glück Thl. XXIII. S. 386. ꝛc. Hartitzsch Eherecht §. 77.

Zu 19) Nach dem Concil. Trident. Sess. 24. Cap. 4. nur bis auf den zweiten Grad; bei den Protestanten aber, welche den Grundsätzen des älteren canonischen Rechts folgen, ist die Ehe in der illegitimen Schwägerschaft eben so weit, als in der legitimen verboten; Boehmer J. E. P. Lib. IV. tit. 14. §. 36., Boehmer Princ. jur. can. §. 339., Glück Thl. XXIII. S. 391. Richter a. a. O. §. 258. II.

---

*) Grad und Gattung der Schwägerschaft sind verschiedene Dinge. Ein neuer Grad entsteht durch eine neue Generation, ein neues genus aber durch eine neue Ehe bei abwechselndem Geschlecht; Glück a. a. O. S. 381.

Zu 10) Sie kann entstehen durch ein giltiges unbedingtes Eheverlöbniß, — nicht durch ein bedingtes, so lange die Bedingung noch nicht eingetreten ist, s. cap. un. §. 1. de sponsal. in VIto (4. 1.) — oder auch im Fall einer durch Scheidung aufgelösten Ehe, indem dann die von der geschiedenen Frau in einer zweiten Ehe erzeugten Kinder quasi affines des geschiedenen Mannes, und die Kinder des Mannes in der folgenden Ehe quasi affines der getrennten Ehefrau werden; l. 12. §. 3. D. 23. 2. — §. 9. J. 1. 10. — Sie bewirkt nur ein impedimentum publicae honestatis, und zwar nur im ersten Grad der geraden sowohl, als der Seitenlie, nach dem Concil. Trident. Sess. 24. C. 3. — nach protestantischem Kirchenrecht aber, welches hier dem römischen folgt, blos im ersten Grad der geraden Linie; l. 12. §. 1. 2. l. 14. §. 4. in f. D. 23. 2. — §. 9. J. 1. 10., Glück Thl. XXIII. S. 265., was sich aber in dem zuerst bezeichneten Fall nach dem Tode des einen Verlobten hebt, wenn man sich wegen Verdachts des anticipirten Beischlafs eidlich reinigt; cap. un. de sponsalibus in VIto. — Richter a. a. O. §. 258. Anm. 14.

Zu 21) Papst Bonifaz VIII. hat die früher auch aus der Ohrenbeichte entstandene geistliche Verwandtschaft [cognatio spiritualis] auf die Taufe und Confirmation oder Firmelung beschränkt, und diese ist dreifach:

a) Mitgevatterschaft (compaternitas) zwischen den Taufzeugen und den Eltern des Getauften;

b) Gevatterschaft (paternitas) zwischen den Taufenden, den Taufzeugen und den Getauften;

c) Geschwisterschaft (fraternitas) zwischen den Kindern des Täufers oder der Taufzeugen und den Kindern des Getauften.

Sie wird von den Canonisten also ausgedrückt:

Baptizans, baptizatus, baptizatique parentes
Levans, levatus, levatique parentes.

Nach dem Concil. Trident. Sess. 24. de reformando matrim. Cap. 2. ist das Eheverbot auf die Gevatterschaft und Mitgevatterschaft eingeschränkt; nach protestantischem Kirchenrecht gibt es keine geistliche Verwandtschaft, mithin auch kein von ihr abzuleitendes Eheverbot; Schott Eherecht §. 131. — Boehmer Princ. jur. can. §. 397. — Hartitzsch Eherecht §. 84. — Richter a. a. O. §. 259. II.

Zu 22) Es ist streitig, ob durch jede Art von Adoption eine bürgerliche Verwandtschaft [cognatio legalis] begründet werde, wie Lang im Archiv f. die civilist. Praxis Bd. XXI. S. 421. annimmt, oder wenigstens durch die adoptio plena — nach Löhr im neuen Magazin

für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung Bd. I. no. XI. Die gemeine Meinung geht aber dahin, daß sie nur durch Arrogation entstehe, denn durch die adoptio plena, welche stets von einem Ascendenten geschehe, könne die Verwandtschaft nicht erst entstehen, weil sie da schon vorhanden sey, und die adoptio minus plena bewirkt — darüber sind Alle einig — nach dem neueren R. R. keine Verwandtschaft; s. Glück Thl. XXIII. §. 1215. not. 54. — Wiese Handb. a. a. O. Thl. II. §. 282. — Richter a. a. O. §. 259. I.

Die Eheverbote des R. R. wegen gesetzlich fingirter Verwandtschaft finden in der Regel nur unter denjenigen Personen statt, welche durch die Adoption in ein Agnations-Verhältniß mit dem Adoptivvater kommen. Mit den Cognaten desselben ist daher dem Adoptivkind in der Regel die Ehe erlaubt; z. B. wenn ich die Tochter meiner Adoptivschwester, oder meines Adoptivvaters Halbschwester mütterlicher Seite, oder meiner Mutter Adoptivschwester heirathe; §. 3. J. 1. 10. — l. 12. §. 4. D. 23. 2. — Glück Thl. XXIII. S. 408. ꝛc. Die Arrogation hat demnach zur Folge, daß die Ehen verboten sind:

A. unter allen Personen, welche parentum liberorumve loco sibi sunt, und zwar ohne Unterschied, ob die väterliche Gewalt noch fortbesteht, oder schon aufgehoben ist; §. 1. J. 1. 10. — l. 55. pr. D. 23. 2. — c. 1. caus. 30. qu. 3. — namentlich:
   a) zwischen dem Adoptivvater und der Adoptivtochter oder Enkelin;
   b) zwischen dem Adoptivsohn und der Frau des Adoptivvaters;
   c) zwischen dem Adoptivvater und der Frau des Adoptivsohns; l. 14. pr. u. §. 1. l. 55. pr. D. 23. 2. — §. 1. J. 1. 10. —

B. in der Seitenlinie: zwischen den eigenen Kindern des Adoptivvaters und den Adoptivkindern, — doch nur so lange, als die väterliche Gewalt besteht, denn nach deren Beendigung hört das Ehehinderniß auf; l. 13. D. 1. 7. — l. 14. pr. l. 17. pr. l. 55. §. 1. D. 23. 2. — §. 2. J. 1. 10. — cap. un. X. de cogn. leg. (4. 12.) Alles dies gilt bei den Protestanten, wie bei den Katholiken; s. Glück Thl. XXIII. S. 415.

Zu 23) Nein; l. 4. §. 10. D. 38. 10. — Glück a. a. O. S. 222. Dagegen erlischt die wahre Affinität eben so wenig durch Adoption, als durch Emancipation; Glück a. a. O.

Zu 24) Dies ist bestritten. Die Glosse zu c. un. X. de cognat. legal. (4. 12.) verneint diese Frage, über welche das canonische Recht

schweigt, und aus §. 2. J. 1. 10. und l. 17. pr. D. 23. 2., vergl. mit l. 9. §. 4. D. 28. 2., scheint die Bejahung der Frage, wofür sich Lang im Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. XXI. S. 301. ausspricht, nicht mit Gewißheit geschöpft werden zu können. Da die durch bürgerliche Verwandtschaft entstehenden Ehehindernisse sehr leichtdurch Dispensation gehoben werden können, s. Hartitzsch Eherecht §. 87., so hat dieser Zweifel wenig zu bedeuten. Darüber aber ist man einig, daß das Hinderniß einer legalen Verwandtschaft nicht auf die deutsche Einkindschaft auszudehnen sey; Glück Thl. XXIII. S. 415. §. 1215 a.

Zu 25) Man sollte wohl glauben, diese Frage verneinen zu müssen, weil eine deshalb zu verfügende Trennung der Ehe sogleich wieder durch Emancipation unwirksam gemacht werden könnte (quia cessante causa cessat effectus), indessen erklärt sich die Glosse zu c. 1. X. de cogn. legal. für die Eigenschaft eines trennenden Ehehindernisses s. Lang im Archiv a. a. O. Bd. XXI. S. 297.

Zu 26) Nein; s. Glück Thl. XXIII. S. 414. — Boehmer J. E. P. Lib. IV. tit. 12. §. 3. — l. 85. §. 1. D. 50. 17. — Lange a. a. O. betrachtet vielmehr die Adoption als ungiltig.

Zu 27) Die gemeine Meinung der Canonisten bejaht dieses aus Analogie des c. un. de sponsal. et matrim. in VIto.

Zu 28) Sie sollte wohl unbedingt verboten seyn, — wie dies auch in neueren Gesetzgebungen, z. B. Oesterreichs und Preußens, geschehen ist, allein zufolge Gratian's irriger Auslegung älterer Canone, welche auch in das protestantische Kirchenrecht übergangen ist, kann das Verbot nur dann eintreten, wenn mit dem Ehebruch auch Nachstellungen nach dem Leben des unschuldigen Ehegatten verbunden war, can. 5. causa 31. qu. 1., oder bei dessen Lebzeiten schon ein Eheversprechen unter den ehebrecherischen Personen stattgefunden hat, c. 6. X. de eo, qui duxit etc.

Zu 29) Ja; s. cap. 8. X. de eo, qui duxit etc.

Zu 30) Der Ehemann kann dann seine Frau verstoßen, sie kann aber weder den Mitverbrecher, noch einen Andern mehr heirathen; can. 6. causa 31. qu. 1. — c. X. de convers. infidel. — Richter a. a. O. § 260.

Zu 31) Daß ein mit dem Entführer nicht schon verlobtes Frauenzimmer von demselben wider ihren und ihrer Eltern Willen in der Absicht weggeführt wurde, sie zur Ehe zu nöthigen, can. 48. causa 27 qu. 2. — can. 1. causa 36. qu. 1. — Die C. C. C. hat aber den Begriff weiter ausgedehnt auf eine die Ehrbarkeit beleidigende Wegführung einer Ehefrau von unbescholtenem Rufe aus der Gewalt oder

wider den Willen ihres Mannes oder Vaters, gleichviel mit oder ohne Einwilligung der Entführten, und ob die Absicht zu Grunde lag, sie zur Ehe zu nöthigen, oder zur Unzucht zu gebrauchen. Bestritten ist es jedoch, ob der Umstand, daß die Entführte Braut des Entführers war, einen Unterschied macht; s. Glück Thl. XXIV. S. 39., Richter a. a. O. §. 253.

Zu 32) In Ansehung der kirchlichen Hindernisse der geistlichen, in Ansehung der bürgerlichen Hindernisse der weltlichen Obrigkeit, und zwar jeder in ihrem Gebiet mit voller Wirksamkeit. Concurriren Hindernisse beider Art, so muß die Dispensation von beiden Gewalten ertheilt werden. Hat der Staat eine besondere bürgerliche Gesetzgebung über Ehehindernisse aufgestellt, so ist die Dispensation durch den Staat Bedingung der Zulässigkeit einer kirchlichen; s. Eichhorn Kirchenrecht Bd. II. S. 428. — Uebrigens ist zu unterscheiden zwischen den Angehörigen der katholischen und der protestantischen Confession. Was Erstere betrifft, so standen ursprünglich die Dispensationen überhaupt den Bischöfen zu, als den eigentlichen und alleinigen Regenten ihrer Diöcesen und zugleich Mitregenten des Papstes in allgemeinen Angelegenheiten der ganzen Kirche. Die älteste Kirche hatte sich aber überhaupt nur Dispensationen erlaubt, wenn die Frage war, ob ein schon bestehendes Verhältniß deswegen, weil es gegen die Kirchengesetze war, wieder aufgelöst werden müsse (dispensationes post factum), und erst seit dem 11. Jahrhundert erlaubte man sich auch Handlungen, die erst vorgenommen werden sollten, gegen die Kirchengesetze zu gestatten (dispensationes ante factum, supra jus). In Folge solch' erhöhter Wichtigkeit der Sache und der zur höchsten Stufe gesteigerten Gewalt des Papstes bildete sich das Dispensationsrecht fast ganz zu einem päpstlichen Reservat, indem die Päpste sich die Dispensationen über alle wichtigen Fälle vorbehielten und eine positive Ausscheidung dieser von den minder wichtigen nie zu Stande kam. Seit dem Papst Innocenz X. (1644—1655) ließen sich deshalb einzelne Bischöfe gefallen, päpstliche Indulte anzunehmen, die ihnen Anfangs ohne ihren Antrag verliehen wurden, und wegen deren alle 5 Jahre erforderlichen Erneuerung facultates quinquennales hießen. Da in diesen aber auch solche Fälle enthalten sind, in welchen das Dispensationsrecht allezeit von den Bischöfen ausgeübt, oder auch durch das Concil. Trident. ihnen eingeräumt worden war, so ist die Competenz noch schwankend. Die Regel ist für den Papst. Die katholische Kirche unterscheidet übrigens zwischen öffentlich bekannten und geheimen Ehehindernissen. Bei letzteren wird die Dispensation durch den Beichtvater von dem

Bischof gesucht, und wenn sie in Rom erlangt werden muß, an die Poenitentiaria gebracht und an den Cardinal gestellt, welcher Präsident in der Poenitentiaria ist. Diese dispensirt: a) gratis, b) pro foro interno, c) in impedimentis occultis, d) ohne Angabe der Namen der Bittenden, sondern unter fingirten Namen. Bei öffentlichen Ehehindernissen dispensirt die Dataria, und zwar: a) nicht gratis b) pro foro externo, c) in impedimentis publicis, d) unter Angabe der wahren Namen. Das Gesuch geht unmittelbar an den Papst. In Ehesachen pflegen die Bischöfe zu dispensiren: a) in impedimentis impedientibus, doch hat sich auch da der Papst den Fall eines nicht feierlichen Gelübdes und eines vorher geschlossenen Eheverlöbnisses reservirt: b) in imped. dirimentibus nur dann, wenn Gefahr im Verzug liegt, oder wenn das Impediment erst nach geschlossener Ehe entdeckt worden war; übrigens in den facultatibus quinquennalibus weiter enthaltenen Fällen, jedoch nur als Sedis Apostolicae Delegati, endlich in Deutschland bei gemischten Ehen; s. Michl Kirchenrecht S. 364., Eichhorn Grundſ. d. Kirchenr. Bd. II. S. 16., Hartitzsch Kirchenrecht §. 91., Glück Thl. XXIV. S. 308. §. 1218. c., Richter Kirchenr. §. 262.

Während einer Sedisvacanz haben die Domcapitel und die päpstlichen Nuntien dieselben Dispensationsrechte, wie der Bischof.

Bei den Protestanten steht das Dispensationsrecht dem evangelischen Landesherrn zu, so weit es nicht von ihm den Consistorien überlassen ist, wie besonders dann der Fall ist, wenn die Unterthanen von einer andern Confession sind, als der Landesherr. Daß der protestantische Landesherr auch sich selbst die Dispensation geben könne, unterliegt demnach keinem Zweifel; s. Dabelow Eherecht §. 77., Schott Eherecht §. 134., Richter a. a. O.

Bei gemischten Ehen hat jeder Theil bei seiner kirchlichen Obrigkeit die Dispensation auszuwirken; Glück Thl. XXIV. S. 309., Schott Eherecht a. a. O.

Zu 33) Beides ist streitig. Die Gründe für und wider s. Glück a. a. O. Bejahend in beiden Fällen entscheidet Michl im Kirchenrecht S. 365.

Zu 34) Nach dem Concilio Trident. Sess. 24. can. 3. de sacram. matrim. ohne Zweifel. Bei den Protestanten hat sich, wie wenigstens Glück behauptet, s. Thl. XXIV. §. 1218. c., was aber nach dem von ihm angeführten Schott'schen Eherecht nur in Ansehung der in den mosaischen Eheverboten ausdrücklich bezeichneten Fälle gesagt werden kann, die Indispensabilität in der Praxis, ungeachtet

vieler entgegenstehender Gründe, behauptet. Der Streit dreht sich wesentlich um die Frage, ob die Gesetze Mosis als leges positivae universales anzusehen seyen, oder nur inwiefern sie durch Reception bei uns Kraft erlangt haben. Wenn nun Ersteres wohl unerweislich ist, so ist kein Grund vorhanden, warum nicht von ihnen eben so, wie von anderen Gesetzen, sollte dispensirt werden können, s. Hartitzsch a. a. O. §. 94., um so mehr, als, wie Schott a. a. O. §. 49., 121. u. 133. bemerkt, das mosaische Recht nicht blos in den natürlichen Gesetzen begründete, sondern auch willkürliche Vorschriften enthält, auch manche verbotene Fälle gar nicht mit positiven Strafen belegt; z. B. 3. Buch Mose Kap. 18. V. 12. u. 13. und Kap. 20. V. 19. — Michaelis mosaisches Recht Thl. II. §. 112. S. 275. ꝛc. — Leyser Spec. 292. Med. 6.

Mehrere Rechtsgelehrte von Gewicht machen daher auch in den Fällen eines ausdrücklichen mosaischen Eheverbots den von uns schon berührten Unterschied zwischen den natürlichen und willkürlichem mosaischen Eheverboten geltend; Carpzov Jurispr. consistor. Lib. II. tit. 6. Def. 99., Pufendorf Obs. jur. univ. T. I. Obs. 164. §. 3. Indispensabel ist das impedimentum ligaminis, die Verwandtschaft in gerader Linie, in der Seitenlinie im ersten Grad, die Schwägerschaft im ersten Grad absteigender Linie, die Ehe zwischen Christen und Nichtchristen. Im zweiten Grad der Verwandtschaft canonischer Computation soll eigentlich nur bei hohen fürstlichen Personen und wegen öffentlicher Ursachen dispensirt werden; Conc. Trident. Sess. 24. c. 5. de reform. matrim., Jacobson im Rechtslex. Bd. III. S. 554., Richter a. a. O. Handelt es sich um Dispensation bei einer schon bestehenden Ehe, so ist es von Bedeutung, ob dieselbe bona oder mala fide eingegangen war. Vergl. übrigens den vorigen §. 1. zu Frage 1.

Zu 35) Bei Ersteren muß die Ehe auf das neue, und zwar, wenn das Hinderniß bekannt geworden war, mit aller Feierlichkeit im Angesicht der Kirche vor dem Pfarrer geschlossen werden, s. Glück Thl. XXIV. S. 311., bei den Protestanten convalescirt sie durch die Dispensation rückwärts; Boehmer Princ. jur. can. §. 400.

Zu 36) Ist streitig; s. Stryck de Succes. ab intestato Diss. 1. Cap. 2. th. 69. — Rau Diss. de natis ex matrimonio vasalli cum dispensatione Principis inito a successione in feudo haud exclusis. Lipsiae 1777. v. Weber im Handb. d. Lehenrechts Thl. III. S. 174 deducirt, daß eine dispensationsweise eingegangene Ehe als eine wahre und rechtmäßige Ehe gelten müsse, folglich auch der Successionsfähigkeit

der daraus erzeugten Kinder nichts entgegenstehe, wenn nicht besondere Gründe zu deren Ausschließung obwalten, welche z. B. aus einer blutschänderischen oder morganatischen Ehe entstehen können.

Zu 37) Es entsteht daraus ein impedimentum publicae honestatis, wenn sie unbedingt geschlossen waren, aus bedingten aber nicht vor dem Eintritt der Bedingung; cap. un. §. 1. de sponsal. et matrim. in VIto.

Zu 38) Schon die Zulassung des Eides hat hier großes Bedenken gegen sich, und auch abgesehen davon, steht der Thatbestand einer nach dem Rechtsbegriff perfecten Ehe entgegen, doch läßt sich auch nicht behaupten, daß der Fall absolut indispensabel sey; s. Albrecht Rechtsfälle Bd. I. S. 56. und die dort angeführten sehr abweichenden Gutachten der theologischen und Juristenfacultät in Leipzig, Helmstädt und Göttingen. Nach vielen Schwierigkeiten wurde die Dispensation am Ende ertheilt.

---

§. 52.

3. Von Ehegelöbnissen.

Dig. XXIII. 1. de sponsalibus. Cod. V. 1. de sponsalibus et arrhis sponsalitiis et proxeneticis. Cod. V. 2. Si rector provinciae vel ad eum pertinentes sponsalitia dederunt.

a) Begriff und Wesen derselben.

1) Wie unterscheiden sich Sponsalien von dem s. g. pactum de sponsalibus ineundis?
2) Worauf beruht der Unterschied zwischen sponsalia de praesenti et de futuro, und ist derselbe h. z. T. noch practisch?
3) Inwiefern werden Verlobte und Ehegatten einander in den Gesetzen gleichgestellt?
4) Worin liegt der wesentliche Charakter des öffentlichen im Gegensatz zum heimlichen Eheverlöbniß?
5) Werden ungiltige Sponsalien durch hinzukommenden Beischlaf verbindlich?
6) Gilt eine dem Eheversprechen beigefügte Conventionalstrafe?
7) Welchen Einfluß haben Bedingungen auf die Wirksamkeit des bedingungsweise geschlossenen Eheverlöbnisses überhaupt und bei hinzugekommenem Beischlaf?

8) Wenn Jemand sich mit mehreren Personen verlobt hat, welches Verlöbniß gilt dann, oder geht dem andern vor, insbesondere wenn ein giltiges und ein ungiltiges, oder ein bedingtes und unbedingtes in Collision stehen, oder wenn das spätere durch den Eid oder durch Beischlaf bestärkt ist?

9) Wird ein ohne die vorgeschriebenen gesetzlichen Förmlichkeiten geschlossenes Eheverlöbniß durch deren Unterlassung auch dann nichtig, wenn das Gesetz nicht ausdrücklich die Strafe der Nichtigkeit damit verbunden hat?

Zu 1) Sponsalia (sic dicta a spondendo) sunt mentio et repromissio futurarum nuptiarum, l. 1—3. D. 23. 1. — Ein pactum de sponsalibus ineundis könnte demnach nur in einer vorläufigen Verabredung bestehen, daß man eines Tages zu einer förmlichen Eheberedung oder zu einer feierlichen Verlobung (Handschlag) schreiten wolle. —

Die gleiche Eigenschaft unverbindlicher Tractaten hat aber auch das der Anwerbung folgende Jawort, was nach dem gemeinen Begriff schon ein Eheversprechen wäre, tanquam futurarum nuptiarum promissa foedera, can. 3. caus. 30. qu. 5. in dem Fall, wenn — wie nach den meisten neueren Landesgesetzen — zum Rechtsbegriff der Sponsalien noch gewisse Förmlichkeiten und Feierlichkeiten erfordert werden; denn auch da ist die erklärte Absicht noch nicht zur rechtlichen Handlung geworden, mithin das Rechtsgeschäft nur in Aussicht gestellt.

Zu 2) Dadurch, daß das canonische Recht in Ansehung des Eheversprechens noch eine besondere Distinction aus der Art des Ausdrucks schöpfte, je nachdem nämlich verba de praesenti oder de futuro dabei gebraucht waren, entstand die Folge, daß im ersten Fall, wenn es hieß: ego te in meam accipio, et ego te accipio in meum, durch das geschlossene spirituelle Band der consensus sponsalitius schon völlig im consensus matrimonialis aufging, woraus auch die Unauflöslichkeit nothwendig folgte, so daß ein reiner consensus sponsalitius nur für den zweiten Fall übrig blieb, wenn es nämlich hieß: ego te recipiam in meam et ego te in meum, l. 2. l. 9. l. 31. X. de sponsal. (4. 1.)

Nachdem aber durch das Concilium Trident. Sess. 24. c. 1. jeder Eheconsens an eine bestimmte Form gebunden und außerdem für nichtig erklärt wurde, so ist derselbe nun vom consensus sponsalitius

bestimmt ausgeschieden, sonach der Unterschied zwischen diesem und dem consensus matrimonialis auch bei den Katholiken da, wo das Tridentinum publicirt worden ist, wieder hergestellt, gleichwie er bei den Protestanten nie aufgehört hat. Die höhere Bedeutung der sponsalia de praesenti mit dem Chrakter der Unauflöslichkeit nach cap. ult. X. de transact. (1. 36.) und cap. 34. X. de jurejur. (2. 24.) kommt jetzt nur so weit in Betracht, als Sponsalien, welche durch den Beischlaf bestärkt sind, durch diesen in sponsalia de praesenti verwandelt werden, cap. 30. X. de spons. (4. 1.), was — wenn gleich noch keine wirkliche Ehe angenommen werden kann, doch die Trennung sehr erschwert; s. Hartitzsch Eherecht §. 102., Richter Kirchenr. §. 271.

Zu 3) Zunächst

a) in Ansehung der Verbindlichkeit zur gegenseitigen Treue, — wenn gleich durch deren Verletzung noch kein Ehebruch entsteht; s. Glück Thl. XXIII. §. 1207., Richter a. a. O. No. V.; ferner

b) darin, daß die Verlobten so wenig als Eheleute ein vollgiltiges Zeugniß für oder gegen einander geben können; Glück Thl. XXII. §. 1178. u. Thl. XXIII. §. 1207., Hommel Rhaps. Vol. I. Obs. 211.

c) in der Befugniß des Bräutigams, die der Braut zugefügte Injurie, eben so wie des Ehemannes, die der Gattin angethane Injurie in eigenem Namen klagbar zu verfolgen; l. 15. §. 24. D. 47. 10.

d) daß gegen die Braut so wenig, als gegen die Ehefrau die actio furti stattfand, sondern propter reverentiam personae nur die condict. furtiva gebraucht werden durfte; l. 3. §. 2. D. 25. 2. — Voet Comm. ad Pand. Lib. 25. tit. 2. §. 1.

e) daß die Braut wegen des dem Bräutigam schon vor dem Ehevollzug überlieferten Heirathsguts zwar nicht wie in oder nach der Ehe selbst dingliche Dotalrechte, aber doch ein persönliches Vorzugsrecht genießt; Glück Thl. XIX. §. 1088. S. 94. u. Thl. XXIII. §. 1207. S. 141.

Zu 4) Das Eheverlöbniß ist ein öffentliches, wenn alle gesetzlichen Vorschriften der Förmlichkeit beobachtet wurden, durch welche dessen Giltigkeit bedingt ist. Die Clandestinität kann entweder darin liegen, daß die äußeren Autoritäten, ohne welche die Selbstbestimmung der Verlobten der rechtlichen Wirksamkeit gesetzlich beraubt ist (Consens der Eltern), umgangen wurden, oder auch wenn die Verlobten volle Dispositionsfreiheit besitzen, diejenigen Förmlichkeiten unterlassen worden sind, welche — wie z. B. Adhibirung eines Notars, oder hierzu be-

sonders requirirter Zeugen, oder auch gerichtliche Protocollirung — h. z. T. theils in katholischen, theils in protestantischen Ländern häufig durch Landesgesetze eingeführt worden sind, um die Ernstlichkeit, Vollständigkeit und Ueberlegtheit der Willenserklärung in einer so wichtigen Sache außer Zweifel zu setzen.

Zu 5) Heimliche oder sonst ungiltige Sponsalien können durch hinzugekommenen Beischlaf nicht giltig werden; c. 31. X. de sponsal. c. 3. u. 5. de spons. duor. — Leyser Sp. 294. Med. 6. — Schott Eherecht §. 98. — Glück Thl. XXIII. §. 1196. S. 45. — Thibaut System des P. R. §. 412. Nach Bauer de concubitu matrimonii perfectione ante copulam sacerdotalem Lips. 1725. sollen heimliche Verlöbnisse, welche von Personen, die keine Eltern mehr haben, geschlossen worden sind, durch den gepflogenen Beischlaf sich in öffentliche verwandeln, ohne daß jedoch dadurch gegen die Geschwächte ein Zwang zur Eingehung der Ehe begründet würde. Gesetzlich läßt sich indessen blos behaupten, daß nach dem canonischen Recht nur die heimliche Ehe, wenn sie bereits geschlossen ist, nach hinzugekommenem Beischlaf nicht mehr retractirt werden kann. Dadurch ist aber das Anfechtungsrecht der Eltern gegen heimliche Eheversprechen auch accedente concubitu wohl noch nicht ausgeschlossen; Hartitzsch Eherecht §. 125., Wiese Handb. Thl. II. §. 267., Lobethan a. a. O. S. 41., Boehmer Princ. jur. can. §. 368. Bei den Protestanten ist das diesfallsige Recht der Eltern jetzt wohl zweifelsfrei. Verschiedene Meinungen s. Glück Thl. XXIII. S. 46. —

Zu 6) Nach R. R. nicht, doch konnte eine gegebene arrha verloren gehen. Nach canonischem Recht beruft man sich zwar für die Unzuläſſigkeit einer Conventionalstrafe auf c. 29. X. de sponsal. 4. 1., allein da ist sie nur in einem Fall ausgesprochen, wo die Verlobten nach erreichter Pubertät ohne irgend einen Grund zurückzutreten befugt waren, mithin die Conventionalstrafe einen gesetzwidrigen Zwang involvirt haben würde, woraus folgt, daß da, wo eine Klage auf Vollziehung des Eheversprechens stattfindet, auch die Conventionalstrafe wirksam seyn müsse; Eichhorn Kirchenrecht Bd. II. S. 437.

Zu 7) Bedingte Eheversprechen werden durch hinzugekommenen Beischlaf zu unbedingten. Ihre Eigenschaft als Sponsalien de futuro verlieren sie übrigens dadurch nicht; denn nur unbedingte sponsalia de futuro werden accedente copula carnali zu sponsalibus de praesenti. c. 30. X. de sponsal. 4. 1., Wiese Handb. des Kirchenr. Thl. II. §. 270., Glück Thl. XXIV. S. 10., Richter a. a. O. No. II.

Ist die Bedingung an sich zuläſſig, so ist sie bindend, sie sey sus-

pensiv oder resolutiv. — Ist sie eine schändliche oder unmögliche, so wird dadurch, wenn sie affirmativ gestellt ist, s. Schott Eherecht §. 92. in nota u. §. 153., Wiese Handbuch Thl. II. §. 270., Jacobson im Rechtslex. Bd. III. S. 536., das Verlöbniß selbst annullirt; dahin gehören solche Bedingungen, welche gegen die Substanz der Ehe gerichtet sind; c. ult. X. de cond. appos. 4. 5. — Ist ein physisch unmögliche Bedingung negativ gestellt, so wird sie für nicht beigefügt erachtet, eine moralisch unmögliche aber einer Resolutivbedingung gleich geachtet und vernichtet das Eheverlöbniß, wenn derselben entgegengehandelt wird. — Mehrere halten lediglich die Vorschriften des bürgerlichen Rechts für entscheidend; s. Hartitzsch Eherecht §. 105., Glück Thl. XXIII. S. 12., Dabelow Eherecht §. 88., Boehmer Princ. jur. can. §. 374. Wenn eine erlaubte Bedingung blos zum Besten Eines Theils beigefügt ist, und dieser sie erlassen will, so kann der Andere nicht auf deren Abwartung dringen; c. 1. X. de condit. app. 4. 5., Schott Eherecht §. 154., Boehmer J. E. P. Lib. IV. tit. 5. §. 6.

Wenn der Theil, welcher sich zur Erfüllung der Bedingung erbietet, vom Andern daran verhindert wird, so wird die Bedingung als erlassen angesehen; l. 85. §. 7. D. 45. 1. — l. 161. l. 174. D. 50. 17. — Schott a. a. O. §. 154. in nota. — Leyser Med. Vol. V. Sp. 293. Med. 7.

Zu 8) Im Allgemeinen geht immer das frühere dem späteren vor, und es kann auch keinen Unterschied machen, wenn das ältere Verhältniß nur bedingt war; c. 22. X. c. un. in VIto de spons., Glück Thl. XXIII. S. 113. Zwischen einem giltigen und einem ungiltigen Verlöbniß ist keine eigentliche Collision rechtlich vorhanden. Weder Eid noch Beischlaf können zum Nachtheil eines Dritten ein früheres giltiges Eheverlöbniß unwirksam machen; cap. 25. u. 28. X. de jurej. (2. 24.), cap. 2. de pactis in VIto (1. 18.), Schott Eherecht §. 152., Glück Thl. XXIII. S. 111., Richter a. a. O. No. V. Das zweite, mithin ursprünglich ungiltige Eheverlöbniß kann aber convalesciren, wenn die aus dem früheren entstandene Verbindlichkeit auf irgend eine Art aufgehört hat; Glück Thl. XXIII. S. 110., Hofacker Princ. jur. civ. T. I. §. 395. — Der Vorzug des früheren Eheversprechens kann auch durch die mit dem Aufgebot verbundene Wirkung einer peremtorischen Ladung seine Kraft verlieren, und ein möglicher Anspruch auf Restitution könnte sich nur auf das Interesse beschränken; s. Glück a. a. O. S. 112., Schott Eherecht §. 152. in not. Nach katholischem Kirchenrecht würde auch durch die förmliche Erklärung des Ehe-

consenses vor dem competenten Pfarrer und zwei Zeugen das frühere Verlöbniß jedenfalls unwirksam werden, s. cap. 31. X. de sponsal. quia sponsalia de futuro etiam jurata solvuntur per secunda sponsalia de praesenti, unbeschadet jedoch der mit dem Tode des zweiten Verlobten wieder auflebenden Ansprüche des Ersten; s. Glück a. a. O. S. 113. — Bei den Protestanten wäre dies gleichwohl im Fall heimlicher Copulation ohne öffentliches Aufgebot nicht zu statuiren; s. Boehmer J. E. P. Lib. IV. tit. 1. §. 68. u. tit. 3. §. 52., Lobethan a. a. O. S. 46. Man kann aber doch wohl nicht mit Hagemann prakt. Erörter. Bd. VII. S. 66., Boehmer Princ. jur. can. §. 378., Dabelow Eherecht §. 92. die Consequenz so weit verfolgen, daß deshalb die ungiltig geschlossene Ehe wieder getrennt werden müsse; denn auch die Trennung der ungerecht eingegangenen Ehe würde doch die Folge nicht haben, daß die Vollziehung der giltig versprochenen Ehe nun durch Zwang — welcher da niemals Platz greifen darf —, bewirkt werden könnte, mithin kann nur das id quod interest in Betracht kommen; Schnaubert Grds. d. Kirchenr. d. Protestanten §. 232.

Zu 9) Die Meinungen hierüber sind verschieden. So viel ist wohl als gewiß anzunehmen, daß ein Gesetz nicht nothwendig die Androhung ausdrücklich enthalten müsse, um die Folge der Nichtigkeit des Zuwiderhandelns hervorzubringen; allein die Möglichkeit, daß der Gesetzgeber nur des Beweises halber die Vorschriften gegeben habe, scheint die Beantwortung der vorliegenden Frage zweifelhaft zu machen. Böhmer in Princ. jur. can. §. 367. geht deshalb so weit, daß er annimmt, die Nichtigkeit könne durchaus nicht eintreten, wenn sie nicht besonders vorgeschrieben ist. Gerade entgegengesetzt erklärt sich Glück Thl. XXIII. §. 1197. S. 61. für die Nichtigkeit, übereinstimmend mit Hellfeld in jurispr. for. §. 1197. — und dies ist wohl auch als die richtigere Meinung anzunehmen, womit jedoch die verständige Erforschung des Geistes des betreffenden Particulargesetzes nicht ausgeschlossen seyn soll, auf welche Wiese im Handb. des Kirchenrechts Thl. III. §. 417. hinweist. Der Charakter des Gesetzes ist aber in der Regel dahin gerichtet, die Sponsalien zu einem öffentlichen Act zu erheben; Richter a. a. O. §. 271. No. IV., wären indessen auch die Vorschriften blos auf die Beweisart bezüglich, so würde in dem Fall, wenn ein Theil vom Eheversprechen wegen des Mangels der gesetzlich vorgeschriebenen Förmlichkeiten zurücktreten würde, das nämliche Resultat entstehen; denn wo das Gesetz bestimmte Beweisarten vorgeschrieben hat, da dürfte der Richter keine andern, als die durch das

Gesetz bezeichneten Beweismittel zulassen, mithin nicht exceptionsmäßige Zeugen, nicht proxenetas, nicht andere Ergänzungsmittel, wie Popp in den ausgewählten Rechtsfällen Bd. I. S. 55. nicht ohne den gegründetsten Tadel kritischer Blätter gethan hat.

---

§. 53.

b) Von dem Verlobungsconsens, dessen rechtlichen Wirkungen und Bestärkungsmitteln.

1) Welche subjective Eigenschaft wird außer den, allen Verträgen gemeinschaftlichen, Erfordernissen des Consenses noch insbesondere zur giltigen Eingehung eines Ehegelöbnisses erfordert?

2) Welches Alter muß die sich verlobende Person nothwendig erreicht haben?

3) Sind gemeinrechtlich auch bloße Handlungen zur Verlobungseinwilligung hinlänglich, z. B. Ringwechsel, Kuß, oder Zeichen von Tauben und Stummen?

4) Wenn die Verlobungseinwilligung von einem Abwesenden durch eine — versteht sich speciell — bevollmächtigte Person ertheilt wird, kann der Vollmachtsgeber den Auftrag widerrufen, so lange er noch nicht von dem durch seinen Bevollmächtigten bereits erfolgten Abschluß der Sponsalien benachrichtigt ist?

5) Gilt Stillschweigen auf einen Heirathsantrag auch als Einwilligung?

6) Macht auch elterlicher Zwang das Eheversprechen ungiltig?

7) Insbesondere, wenn Jemand mit einem unbescholtenen Mädchen den Beischlaf ausgeübt hat, und dann von deren Vater zur Einwilligung in die Ehelichung der Tochter gezwungen wurde?

8) Hindert die eidliche Bestärkung eines auf ungerechte Weise erzwungenen Ehegelöbnisses die Anfechtung desselben?

9) Bewirken auch ungestüme und zudringliche Ueberredungen die Nichtigkeit des Eheverlöbnisses?

10) Macht der Betrug auch dann ein Verlöbniß ungiltig, wenn er von einem Andern als von dem Mitcontrahenten angewendet wurde?

11) Kann, im Fall der Mitcontrahent Betrug gebraucht hatte, dieser selbst das Eheverlöbniß anfechten, oder ist er dennoch an seine gegebene Einwilligung gebunden?
12) Was wird unter dem zur Anfechtung eines Eheverlöbnisses erforderlichen Irrthum in essentialibus begriffen oder nicht?
13) Wenn der Verlobungseinwilligung ein solches vitium consensus oder ein relativer Nichtigkeitsgrund anklebt, wird dieser Mangel durch nachher vollzogenen Beischlaf gehoben?
14) Welche Personen haben noch außer den Verlobten ihre Einwilligung zu einem Eheversprechen zu geben?
15) Wenn der Vater in Gefangenschaft oder sonst längere Zeit abwesend ist, ohne daß sein Aufenthalt bekannt ist, kann dann das Eheversprechen auch ohne seinen Consens giltig gegeben werden?
16) Genügt auch der stillschweigende Consens der Eltern?
17) Was für Gründe können die Eltern berechtigen, ihren Consens zu versagen?
18) Macht die nachher von den Eltern ausgewirkte Genehmigung das Eheverlöbniß rückwärts giltig?
19) Ist die beim Eheverlöbniß dem andern Theil gesetzte Bedingung des Uebertritts zu einer andern — versteht sich christlichen — Religion einer moralisch unmöglichen gleich zu achten, welche das Verhältniß nichtig macht?
20) Bleibt die ohne elterliche Einwilligung geschlossene Ehe auch dann ungiltig, wenn die Eltern bei ihren Lebzeiten nicht auf Annullirung derselben geklagt haben?
21) Was ist in Ansehung des Mahlschatzes (arrha sponsalitia) Rechtens, oder wem gehört derselbe,
    A. wenn die Ehe zu Stande kommt, oder
    B. wenn das Eheversprechen rückgängig wird, und zwar entweder
        a) mit beiderseitiger Einwilligung, oder
        b) durch zufällige Hindernisse, oder
        c) durch willkürliche Verweigerung des Ehevollzugs von Seiten des einen, ohne Schuld des andern Theils?
22) Muß auch der Minderjährige bei willkürlichem Rücktritt vom Eheverlöbniß den Mahlschatz restituiren?
23) Wenn Einer der Verlobten durch den Tod am Vollzug der

Sponsalien verhindert wurde, muß dann der Ueberlebende das vom Verstorbenen Erhaltene an dessen Erben zurückgeben?

24) Hat der Mahlschatz die Eigenschaft einer arrha poenitentialis, so daß der zurücktretende Theil gegen Aufgebung der gegebenen arrha von der Verbindlichkeit aus dem Eheverlöbniß frei wird?

25) Ist in Ansehung der Brautgeschenke (donationes ante nuptias) das nämliche Rechtens, wie in Betreff des Mahlschatzes?

26) Gilt der in l. 16. C. 5. 3. wegen Rückgabe der Brautgeschenke an die Erben des Verstorbenen gemachte Unterschied, je nachdem die Braut bereits geküßt war, oder nicht, noch heut zu Tage?

27) Wird ein an sich giltiges Eheversprechen durch die eidliche Bestärkung unzertrennlich? oder

28) wird durch den bereits vollzogenen Beischlaf das Eheversprechen unauflöslich?

29) Welches sind die rechtlichen Wirkungen eines giltigen Eheverlöbnisses, und sind sie sich bei den bedingten, wie bei den unbedingten gleich? Binnen welcher Zeit kann der Ehevollzug gefordert werden?

30) Da aus einem giltigen Eheversprechen nach heutigem Recht eine Klage auf den Ehevollzug stattfindet, obgleich sie das R. R. nicht statuirt hatte, so fragt sich, auf welche Weise der Richter sein Erkenntniß gegen den widerspenstigen Theil zu vollstrecken hat, — insbesondere wenn die Braut vom Bräutigam bereits geschwängert worden ist?

Zu 1) Die Fähigkeit zu einem Eheverlöbniß ist durch die Fähigkeit zur Ehe selbst bedingt, l. 15. l. 16. D. 23. 1. — l. 60. §. 5. D. 23. 2. — cap. 1. u. 3. X. de frigidis etc., doch schadet ein blos temporäres Hinderniß nicht, l. 14. D. 23. 1. — den Fall ausgenommen, wenn der Vormund oder dessen Sohn sich mit der Mündel verloben will. Richter Kirchenr. §. 271. No. III.

Zu 2) Das siebente Lebensjahr muß sie nothwendig erreicht haben; cap. un. caus. 30. qu. 2. — cap. 2. 4. 5. X. de desponsat. impub. (4. 2.) — c. 1. eod. in VIto (4. 2.), und dabei wird noch die Vor-

aussetzung unterstellt, daß sie nach erlangter Mündigkeit — bis zu welcher sie an ihr Versprechen gebunden bleibt, cap. 7. u. 8. X. de despons. imp. (4. 2.) — das Eheverlöbniß aus freiem Willen — welcher ihr auch durch eine beigefügte Conventionalstrafe nicht beschränkt werden kann, s. c. 29. X. de sponsal. (4. 1.) — c. 4. u. 5. X. de desponsat. imp. (4. 2.) — bestätigen werde, sowie auch die Zuziehung der Vormünder dabei nöthig ist; l. 6. D. 23. 1. — Glück Thl. XXII. §. 1192. S. 411. u. 415.

Zu 3) Bloße Handlungen können nur dann genügen, wenn sie ganz unzweifelhaft diese und keine andere Absicht ausdrücken, cap. 25. X. de spons. (4. 1.), was von Kuß und Ringwechsel allein nicht gesagt werden kann, cap. 11. X. de praesumt. (2. 23.) — c. 7. §. 3. causa 30. qu. 5., Schott Eherecht §. 147., Dabelow Eherecht §. 97., Leyser Sp. 290. Med. 7., und auch aus bloßen Liebesbriefen und Treuversicherungen ohne bestimmte Erklärung nicht zu folgern ist; Schott a. a. O., Hartitzsch Eherecht §. 114. Besondere Landesgesetze machen diese Frage meistens überflüssig.

Bei Tauben und Stummen vertreten Zeichen nur dann die wörtliche Erklärung, wenn man ihre Absicht zuverlässig aus ihnen erkennen kann; l. 73. pr. D. 23. 3. — cap. 23. u. 25. X. de sponsal. (4. 1.) — Lobethan a. a. O. S. 10. u. 84. — Boehmer princ. jur. can. §. 346.

Zu 4) Nach cap. ult. de procurat. in VIto (1. 19.) ist, wenn die Vollmacht vor Abschluß des Geschäfts widerrufen war, das Geschäft nichtig, wenn auch die contrahirenden Personen keine Nachricht vom Widerruf hatten; s. Glück Thl. XXII. §. 1194. S. 447., Hartitzsch a. a. O. §. 115., Schott a. a. O. §. 147.

Zu 5) In der Regel nicht, doch ausnahmsweise alsdann, wenn die gegenwärtigen Kinder dazu stillschweigen, während ihre Eltern sie verloben, l. 5. C. 5. 4. — cap. un. §. 2. de desponsat. impub. in VIto (4. 2.), wobei jedoch wohl mit Leyser Vol. V. Sp. 290. Med. 8. vorauszusetzen wäre, daß die Kinder nicht schon bei einer andern Gelegenheit ihren Widerspruch erklärt haben, zu welchem nach R. R. l. 13. D. 23. 1. wenigstens die Söhne, wenn gleich nicht die Töchter, s. l. 12. §. 1. eod., bei einer vom Vater vernünftig getroffenen Wahl berechtigt waren.

Zu 6) Physischer Zwang ohne Zweifel; l. 12. C. 5. 4. — c. 3. causa 31. qu. 2. — cap. 6. 13. 14. 15. 17. 21. u. 28. X. de sponsal. (4. 1.) — cap. 11. X. de despons. imp. (4. 2.); metus reverentialis wird zwar nach l. 22. D. 23. 2. in der Regel nicht beachtet,

jedoch dürfte auch hierin dem richterlichen Ermessen der Umstände in concreten Fällen nach Boehmer J. E. P. Lib. IV. tit. 1. §. 133. Raum zu lassen seyn.

Zu 7) Insgemein wird angenommen, daß in diesem Falle der Zwang verschuldet sey, und daß deshalb dem Weigernden kein Klagrecht aus demselben zustehe; Schott Eherecht §. 88., Hartitzsch a. a. O. §. 117. Doch scheint mit Recht Glück Thl. XXII. S. 430. not. 49. es zweifelhaft zu finden, wenn dieser Satz aus dem cap. 1. u. 2. X. (5. 16.) de adult. et stupro begründet werden soll,*) indem dieses h. z. T. blos von einer alternativen Verbindlichkeit erklärt werden könne, und auch das cap. 15. X. de sponsal. (4. 1.)**) noch manchen Zweifel übrig lasse.

Zu 8) Nein; s. cap. 2. X. de eo, qui duxit (4. 7.) — Boehmer J. E. P. Lib. IV. tit. 1. §. 121.

Zu 9) Diese Frage ist zu bejahen nach Boehmer a. a. O. §. 134. — Krause Diss. de eo, quod justum est circa persuasiones intuitu sponsal. Vit. 1724.

Zu 10) Ohne Zweifel; s. Glück Thl. XXII. §. 1193. — Hartitzsch a. a. O. §. 118.

Zu 11) Nach cap. 26. de sponsal. (4. 1.) soll auch für den Betrüger das gegebene Versprechen unverbindlich seyn, die Praxis ist aber in Folge l. 1. §. 1. D. 44. 4. u. l. 134. §. 1. D. 50. 17. nach dem Zeugniß von Boehmer J. E. P. Lib. IV. tit. 1. §. 142. und Glück a. a. O. Bd. XXII. §. 1193. hiervon abgegangen.

Zu 12) Man begreift hierunter den Irrthum

a) in der Person,

b) in solchen Eigenschaften, welche entweder ausdrücklich bedungen waren, oder in der Regel vorausgesetzt werden, insbesondere Fähigkeit zum Beischlaf, cap. 5. — 7. X. de frigidis, den freien unbescholtenen Zustand, can. un. §. 2. c. XXIX. qu. 1. — cap. 4. X. de conjugio servor. —, Jungfrauschaft und Junggesellenschaft, s. Schott a. a. O. §. 89. in not., Glück Thl. XXII. §. 1193. und die in not. 57. allegirten Autoren, Hofacker Princ. jur. civ. T. I. §. 374., Leyser Sp. 315. Med. 11. u. 12. Irrthum über den Charakter würde der Sinnesänderung einen unbegrenzten Spielraum geben. Als außerwesentlich ist

---

*) Die erstere dieser Gesetzesstellen handelt von dem umgekehrten Fall, da der Vater die Ehelichung nicht gestatten will, und ist demnach unpassend.

**) Hier wird nur ein metus, qui cadit in constantem virum, als von der erzwungenen Einwilligung befreiend erachtet.

auch der Irrthum über die Vermögensumstände anzusehen, nach c. un. §. 2. causa 29. qu. 1., doch sind mehrere Rechtsgelehrte geneigt, dieses nicht als eine Regel ohne Ausnahme anzusehen, weil nach Umständen ein Irrthum über das Vermögen, wenn damit die Möglichkeit eines begründeten Lebensunterhaltes verknüpft ist, die Ehe höchst unglücklich machen kann und bleibende Zwietracht besorgen läßt, welchenfalls der Richter leichter geneigt seyn muß, ein Eheversprechen aufzulösen, als den Vollzug desselben zu erzwingen, während das Gemeinwesen selbst dabei interessirt ist, daß der Ehestand wohl begründet sey, s. Glück Thl. XXII. S. 441. und die dort angeführten Schriftsteller. Keinen Zweifel leidet übrigens die vernichtende Wirkung eines solchen Irrthums, wenn entweder ein gewisses Vermögensverhältniß ausdrücklich zur Bedingung gemacht war, oder ein dolus concurrirt, indem z. B. der Bräutigam sich fälschlich für reich ausgegeben hat. Darin sind auch die katholischen Kirchenrechtslehrer einig; s. Michl Kirchenrecht §. 70.

Zu 13) Nur dann, wenn Derjenige, welcher zur Anfechtung sonst berechtigt wäre, den Mangel gekannt hat; cap. 21. X. de sponsal. (4. 1.) — cap. 4. X. qui matrimonium accus. poss. (4. 18.) — Boehmer J. E. P. Lib. IV. tit. 1. §. 142., Wiese Handb. Thl. II. §. 273.

Zu 14) Die Nothwendigkeit des Consenses beider Eltern und in deren Ermangelung der Großeltern*), ist unbestritten, versteht sich, so lange die Kinder noch nicht emancipirt sind, außerdem, und auch sogar von Seite anderer Verwandten wird er nur durch Particulargesetze erfordert. Die Meinung Einiger, daß auch eine schon emancipirte Tochter des elterlichen Consenses bedürfe, findet nirgends Unterstützung; s. Walch controv. jur. civ. pag. 49. — Boehmer J. E. P. Lib. IV. tit. 2. Daß aber, wie Walter im Kirchenr. S. 311. behauptet, selbst der elterliche Consens im canonischen Recht nicht ausdrücklich erfordert werde, ist irrig; s. c. 3. X. de his, qui matrim. accus. poss. 4. 18., Eichhorn Kirchenrecht II. S. 434., Jacobson R.-Lex. Bd. III. S. 534. not. 58. mit Bezug auf c. 5. 6. X. de condit.

---

*) Obwohl nach R. R. die Einwilligung des mütterlichen Großvaters nicht nöthig war; §. 3. in f. J. I. 9. Auch legen mehrere deutsche Landesgesetze der Umgehung des mütterlichen Consenses nicht die Annullirung der Ehe, sondern nur andere Folgen bei, z. B. Strafen, Enterbung u. dergl.; s. Glück Thl. XXIII. S. 55.

appos. 4. 5. Die Folgen unterlassener Einholung des elterlichen Consenses sind verschieden bestimmt in einzelnen Landesgesetzen; s. Glück Thl. XXIII. S. 55. Eine wesentliche Verschiedenheit findet zwischen dem katholischen und protestantischen Kirchenrecht statt. Nach dem Conc. Trident. Sess. 24. de reform. matrimonii cap. I. kann wegen jenes Mangels die einmal geschlossene Ehe nicht mehr retractirt werden. Im Bereich des protestantischen Kirchenrechts scheint im Mangel besonderer Landesgesetze die Ansicht vorherrschend zu seyn, daß die Eltern nur dann auf Annullirung einer ohne ihre Einwilligung geschlossenen Ehe antragen können, wenn diese heimlich und ohne vorgängiges Aufgebot geschlossen worden ist;*) s. v. Hartitzsch Handb. der in Deutschland geltenden Eherechte §. 128., Glück Thl. XXIII. S. 50., Boehmer Princ. jur. canon. §. 368., Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. V. S. 149. Beim Dissens der Eltern oder Großeltern entscheidet der männliche Theil; Schott Einl. in das Eherecht S. 183., Glück a. a. O. S. 53.

Vormundschaftliche Einwilligung bei Kindern, die nicht mehr unter väterlicher Gewalt stehen, ist zwar nach gemeinem Recht nicht nöthig l. 20. D. 23. 2. — l. 8. C. 5. 4., vielmehr durch das Rechtsmittel der Restitution für sie gesorgt, dagegen nach neueren Gesetzgebungen unerläßlich; Hoffmann Eherecht §. 10., Glück Thl. XXIII. S. 59. §. 1197., Richter Kirchenr. §. 271. No. III.

Zu 15) Nach l. 9. §. 1. l. 10. D. 23. 2. alsdann, wenn der Vater in einem oder dem andern Fall drei Jahre lang abwesend war. Jedoch hält Pfeiffer in den prakt. Ausführungen Bd. V. S. 151. für nöthig, daß noch eine vom Richter oder von den Kirchenobern zu ertheilende Autorisation hinzukomme.

Zu 16) Nach gemeinem Recht wohl; s. v. Quistorp rechtl. Bemerk. I. S. 373., vorausgesetzt, daß ihm nichts an den allgemeinen Erfordernissen stillschweigender Einwilligung mangelt.

Zu 17) Die Gründe müssen aus einer wahrscheinlichen Besorgniß einer unglücklichen Ehe entspringen, z. B. wegen Mangels des nothwendigen Unterhalts, wegen grober Laster, Ausschweifungen oder

*) Daß auch bei solchem Mangel die Ehe doch aufrecht erhalten werden müsse, behauptet zwar Danz zu Runde Bd. VI. S. 163., weil es in dem von ihm angeführten Interim (s. Emminghaus corp. jur. Germ. S. 222. no. 198.) ausgesprochen ist; allein dagegen wird mit Recht bemerkt, daß dasselbe nur eine provisorische Verfügung war, und weder von katholischen noch protestantischen Reichsständen allgemein angenommen worden ist; Michl Kirchenrecht S. 292., Glück a. a. O. S. 49.

gar Verbrechen des andern Theils, chronischer Krankheiten desselben, wegen Injurien oder sogar Thätlichkeiten, welche den Eltern von ihm widerfahren sind, oder wenn er durch Entführung seinen Zweck zu erreichen gesucht hat, wegen zu großer Ungleichheit des Standes u. dergl. Richter a. a. O. Anmerk. 8.

Zu 18) Diese besonders wegen der Legitimität der inzwischen erzeugten Kinder wichtige Frage mußte wohl nach älterem R. R. verneint werden, und Glück Thl. XXIII. §. 1196. S. 32. rc. hält dieses für unabgeändert, wogegen die Frage nach neuerem R. R. bezüglich l. 7. C. 4. 28. — arg. l. 25. C. 5. 16. — bejaht wird von Höpfner im Institt. Comm. §. 112., Mühlenbruch Doctr. Pand. T. II. §. 253., Schott a. a. O. §. 93., Leyser Sp. 291. M. 4. Nach deutschen Rechten bejaht übrigens auch Glück a. a. O. S. 52. diese Frage. Demnach kam auch nachher keiner der Contrahenten das Eheverlöbniß mehr wegen ursprünglicher Heimlichkeit anfechten; Boehmer J. E. P. Lib. IV. tit. 2. §. 17., Hofacker Princ. jur. civ. T. I. §. 388.

Zu 19) Das Interesse der Kirche scheint mit dem feineren Gefühl bei Beantwortung dieser Frage in Widerstreit gerathen zu seyn. Die katholischen Rechtslehrer verneinen, natürlich nur insofern es sich um den Uebertritt zu ihrer Kirche handelt; — auch fehlt es nicht an protestantischen Rechtsgelehrten, welche indistinct eben so entscheiden, die Meisten derselben aber behaupten das Gegentheil. Der berühmte katholische Kirchenrechtslehrer Schenkl in Instit. jur. eccles. T. II. §. 783. sagt zwar: conditio haec libertati conscientiae non repugnat, quum alteri integrum sit jungere, aut recusare matrimonium, und daß ein psychischer so wenig, als ein physischer Zwang darin liege, wird man wohl zugestehen müssen; wenn aber Gewissenssachen von allen irdischen Einflüssen frei bleiben sollen, so muß Alles, was der gänzlichen Unabhängigkeit und Selbständigkeit der Willensbestimmung entgegen ist, als irreligiös, oder das zarte Band, welches den Menschen mit der Gottheit verbindet, verletzend erachtet werden. Die Literatur über diese Streitfrage s. Glück Thl. XXIII. §. 1195. S. 15.; vergl. oben §. 39. zu 18. am Ende.

Zu 20) In diesem Fall wird stillschweigende Genehmigung und Verzeihung von Seiten der Eltern angenommen; s. Glück a. a. O. S. 56.

Zu 21) Im Fall

zu A) werden nach deutschen Sitten der Mahlschatz und die Brautgeschenke gemeinschaftlich; s. Glück Thl. XXIV. §. 1226., Thi-

baut System d. P. R. Thl. I. §. 420., Hofacker Princ. jur. civ. T. I. §. 390.

Zu B a) findet gegenseitige Rückgabe statt, l. 1. §. 1. D. 35. 5.

Zu B b) eben so, l. 56. pr. C. 1. 3. — l. 16. C. 1. 4.

Zu B c) Wenn das Verlöbniß durch Schuld eines Theils rückgängig wird, so verliert der Schuldige, was er zum Mahlschatz gab, und muß das Empfangene zurückgeben. Es findet da rücksichtlich des Mahlschatzes — doch nicht in Ansehung der sponsalitia largitas — restitutio dupli statt, nämlich wenn der schuldige Theil derjenige ist, welcher den Mahlschatz empfangen, aber keinen dagegen gegeben hat, so muß er den empfangenen Mahlschatz zurückgeben, und noch einmal so viel zulegen, ausgenommen, wenn er noch minderjährig war, denn dann gibt er nur das Empfangene zurück; l. 15. C. 5. 3. — l. 5. C. 5. 1. Eltern, welche für ihre Tochter den Mahlschatz empfangen haben, haften immer für das Doppelte; Glück a. a. O. S. 410. Der Einwand Einiger, daß die römischen Privatstrafen h. z. T. außer Gebrauch seyen, ist wohl nicht gegründet; s. Weber civilist. Vers. S. 67., Thibaut System Thl. I. §. 313. Ed. 8., Glück a. a. O. S. 411.

Zu 22) Ja; s. Dabelow Eherecht §. 102., Lobethan a. a. O. S. 37., denn er würde sich ja sonst mit dem Schaden des Andern bereichern.

Zu 23) Ja; so wie er gegenseits auch von Jenen die Geschenke, welche er dem Verstorbenen gemacht hatte, zurückfordern kann; l. 3. C. 5. 1. — Hartitzsch Eherecht §. 136. Indessen ist es an manchen Orten gebräuchlich, daß alsdann Jeder das Empfangene behält, was von mehreren Rechtsgelehrten sogar als gemeinrechtlich behauptet wird; s. Stryck Us. mod. Lib. 23. tit. 1. §. ult., Hofacker Princ. jur. civ. T. I. §. 390.

Zu 24) Nein; s. Hartitzsch a. a. O. §. 136.

Zu 25) Allerdings; indem auch sie sub conditione tacita futurarum nuptiarum gegeben waren; l. 15. C. 5. 3., Hartitzsch a. a. O. §. 137., jedoch mit der Fr. 21. bemerkten Einschränkung.

Zu 26) Wenn das Eheverlöbniß durch den Tod aufgehoben worden ist, so wird in Betreff der Zurückgabe der Brautgeschenke ein Unterschied gemacht, je nachdem die Braut dem Bräutigam oder der Bräutigam der Braut die Geschenke gemacht hat; im ersten Fall hat die Braut oder deren Erbe dieselben zurückzuerhalten, im letztern Fall soll die Zurückgabe nur dann vollständig geschehen, wenn die Braut nicht geküßt war, aber interveniente osculo soll sie die Hälfte behal-

ten; l. l. in f. D. 39. 5. — l. 16. C. 5. 3. Die Frage: ob diese Bestimmung h. z. T. noch gelte, ist bestritten. Für die verneinende Meinung sind anzuführen: Hofacker Princ. jur. civ. T. I. §. 481., Wernher sel. Obs. for. T. III. P. I. Obs. 15., Hartitzsch Eherecht §. 137., Spangenberg prakt. Erörter. Bd. I. S. 44., Klenze in der Zeitschr. f. geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. VI. S. 72. Die Gründe für diese Meinung scheinen aber unbefriedigend. Spangenberg a. a. O. sagt: dieses aus dem cod. Th. lib. V. tit. 5. de sponsal. et ante nuptias donat. wörtlich in den Cod. Justinian. übergetragene Gesetz sey dort an einen Vicarius Hispaniorum gerichtet und auf eine spanische Sitte gegründet gewesen, und da es nicht eigentlich römisches Recht sey, so sey es auch in andern Staaten, in welchen das Justinianische Gesetzbuch eingeführt sey, nicht recipirt worden; s. Buygnon loix abrogées en France Lib. IV. ch. 33. Allein das Gesetz Constantins war ja kein Rescript, und ist durch die Aufnahme in den Theodosischen und Justinian'schen Codex ein allgemeines für das ganze römische Reich geltendes Gesetz geworden. — Klenze a. a. O. bezieht dasselbe auf die solennen Cognatengeschenke, aber von den Cognationsrechten ist ja in der Constitution nirgends die Rede. Für die fortwährende Giltigkeit dieser gesetzlichen Bestimmung haben sich daher entschieden: Glück Thl. XXIV. S. 400., Thibaut System d. Pandectenrechts §. 313., Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. II. S. 466.

Zu 27) Die Auflösung wird nur erschwert, aber nicht gänzlich ausgeschlossen; cap. 10. 17. 22. X. de sponsal., Glück Thl. XXIII. S. 81., Hartitzsch a. a. O. §. 139. et aut. ibi cit. Daß übrigens ungiltige Sponsalien durch den Eid nicht giltig und verbindend werden, ist schon oben bemerkt; s. Brückner Diss. de clandest. sponsal. jurat. Jenae 1697. Kess de jurisjurandi sponsal. adjecti efficacia Lips. 1776.

Zu 28) Auch hier kann man nur behaupten, daß er, wie bereits bemerkt worden ist, die Auflösung erschwere, cap. 6. X. de condit. adpos. (4. 5.), Leyser Sp. 294. M. 6., obgleich Manche diesfalls die Auflöslichkeit behaupten; Bauer de concubitu matrimonii perf. Lipsiae 1725. Anders ist es jedoch bei der giltig verlobten Braut.

Zu 29) Die Verbindlichkeit, die Ehe zu vollziehen und inzwischen nicht seinem Versprechen zuwider zu handeln, mithin die Verpflichtung zur Verlöbnißtreue, welche es mit sich bringt, daß jeder Theil sich alles unsittlichen Umgangs mit Personen des andern Geschlechts enthalte, cap. 25. X. de jurejur. (2. 24.), kein anderweites Verlöbniß

eingehe, auch sich nicht heimlich entferne, um der Schließung der Ehe auszuweichen (malitiosa quasi desertio). Ein zweites Verlöbniß muß daher, selbst wenn es beschworen seyn sollte, dem früheren nachstehen; Jacobson im Rechtslex. Bd. III. S. 536. Richter Kirchenr. Bd. 271. No. V. Verpflichtungen sind, da sie nur conservativer Art sind, beim bedingten, sofern der Eintritt der Bedingung abgewartet werden muß, wie beim unbedingten Eheversprechen sich ganz gleich; cap. un. de. sponsal. in VIto (4. 1.). Die Zeit, binnen welcher der Ehevollzug gefordert werden kann, bestimmt sich bei bedingten Eheversprechen durch den Eintritt der Bedingung, bei unbedingten bestimmt l. 2. C. 5. 1., sofern der Zeit halber nicht ausgemacht ist, daß die Braut nicht über zwei Jahre auf den Vollzug des in derselben Provinz anwesenden Bräutigams zu warten schuldig ist; s. Thibaut System d. P. R. §. 312. (Ed. 8.) Leyser Spec. 293. M. 8., doch hängt bei gerechten und unvermeidlichen Hindernissen die Zeitbestimmung vom billigen Ermessen des Richters ab, welches sich auch auf 3—4 und mehrere Jahre erstrecken kann; l. 17. D. 23. 1. — Glück Thl. XXIII. S. 91.

Zu 30) Zunächst hat der Richter Geld- und Gefängnißstrafen als Zwangsmittel zu gebrauchen, allenfalls ist auch Excommunication, s. Boehmer J. E. P. Lib. IV. tit. 1. §. 55., von der geistlichen Behörde anzuwenden, zu welcher die Sponsalienklage wenigstens gemeinrechtlich ressortirt, s. Leyser Vol. V. Spec. 293., Hartitzsch a. a. O. §. 144., wovon jedoch viele einzelne Landesgesetze aus guten Gründen abweichen. Zwangscopulation findet h. z. T. nicht statt, arg. l. 1. C. 5. 1. — cap. 17. X. de spons. (4. 1.), Schott Eherecht §. 151., Hartitzsch a. a. O. §. 144., Höpfner Institt. Comm. §. 109., Thibaut System d. P. R. I. S. 416. Richter Kirchenr. §. 271. No. V. und zwar auch dann nicht, wenn fleischliche Vermischung hinzugekommen ist. Wenn manche Rechtslehrer in dem Fall dissentiren, wenn der Bräutigam eine hinlängliche Entschädigung zu geben nicht vermag, oder sich ohne hinreichenden Grund entfernt hat, s. Boehmer Princ. jur. can. §. 371., so begehen sie eine Inconsequenz gegen das leitende Princip; s. Glück Thl. XXIII. S. 90. ꝛc.

Auch dann, wenn nicht blos Beischlaf, sondern Schwängerung stattgefunden hat, findet Zwangscopulation nicht, wohl aber ein aequipollens in der Art statt, daß nun durch Richterspruch der Klägerin die Qualität einer Ehefrau, mit dem Recht, den Namen des Schwängerers zu führen, gleich einer geschiedenen Ehefrau, ertheilt, und das Kind gleich als durch nachgefolgte Ehe legitimirt erkannt wird;

s. Schott Eherecht §. 150., Hofacker Princ. jur. civ. T. I. §. 392., Hartitzsch §. 144., Glück Thl. XXIII. §. 1199—1202., Thibaut System d. P. R. Bd. I. §. 416., Gottschalk Discept. for. T. III. pag. 107., Eichhorn Kirchenr. Bd. II. S. 438. Richter a. a. O. Anm. 23. Hiernächst wird der schuldige Theil verurtheilt, dem unschuldigen alles von diesem der Ehe halber Empfangene zu restituiren, allen gemachten Aufwand zu ersetzen, das Interesse oder Entschädigung zu prästiren, oder die allenfallsige Conventionalstrafe zu entrichten und die Proceßkosten zu erstatten; arg. l. 134. D. de V. O. 45. 1. — l. 5. C. 5. 1. Mevii Dec. P. III. no. 382. etc. Wenigstens für die verstoßene Verlobte ist der Anspruch auf eine Entschädigungssumme dadurch begründet, daß ein solcher Fall für das spätere Fortkommen des Mädchens und ihre ganze Zukunft von nachtheiligen Folgen zu seyn pflegt, jedoch würde im umgekehrten Fall der aufgegebene Bräutigam blos darauf, daß ihm dadurch die Aussicht auf künftige Beerbung der Braut oder ihrer wohlhabenden Eltern entzogen sey, einen Entschädigungsanspruch nicht gründen können, welcher auf die ungewissesten Voraussetzungen hinzielen würde und das, was die Verlobte dotis causa eingebracht haben würde, nur als Aequivalent für die ehelichen Lasten betrachtet werden könnte; s. Erkenntniß d. O.-Trib. zu Stuttgart in Seuffert's Archiv Bd. VII. H. 1. S. 77.

---

§. 54.

e) Aufhebung der Sponsalien.

1) Genügt zur Aufhebung eines Eheverlöbnisses die beiderseitige Privatübereinkunft? insbesondere wenn dasselbe durch den Eid oder den Beischlaf bestärkt ist?
2) Wodurch werden nach den Grundsätzen der katholischen Kirche Sponsalien ipso jure gelöst?
3) Aus welchen Gründen findet ein einseitiger Rücktritt von giltigen unbedingten Sponsalien statt?
4) Welche Fälle pflegt man der Repudienursache wegen Mangels der vorausgesetzten Eigenschaften oder gänzlicher Veränderung derselben zu subsumiren?
5) Können Minderjährige auch ohne Darlegung solcher Ursachen restituirt werden?
6) Findet aus gesetzlich gebilligten Repudienursachen die Klage

auf Aufhebung des Eheverlöbnisses auch dann statt, wenn dieses mit einem Eid bekräftigt war?

7) Worauf kann bei der Repudienklage das Gesuch gerichtet werden?

Zu 1) Die Frage wird, selbst wenn der Bund eidlich bekräftigt war, sowohl von katholischen als protestantischen Rechtsgelehrten insgemein bejaht; c. 2. X. de sponsal. 4. 1. C. 25. X. de jurejur. 2. 24., Glück Thl. XXIII. S. 92., Hartitzsch Eherecht §. 148., und die allda citirten Autoren Schott, Hofacker, Hoffmann, Dabelow u. a. m., Boehmer Princ. jur. can. §. 372., Wiese Handb. d. Kirchenrechts Thl. II. §. 271., indessen sollen nach canonischem Recht wenigstens beim Rücktritt von einem beschworenen Eheverlöbniß die sorgfältigsten Abhortationen vorhergehen; c. 7. Dist. 90. — cap. 2. X. de sponsal. (4. 1.) woraus Manche die Nothwendigkeit ableiten, daß die Lösung der Sponsalien amtlich geschehen müsse; s. Boehmer J. E. P. Lib. IV. tit. 1. §. 161., Leyser Sp. 295. M. 1.; s. dagegen Glück a. a. O. und Richter Kirchenr. §. 271. No. VI., was aber nur im Fall es durch besondere Landesordnungen bestimmt ist, wie in Bayern und in Sachsen*), wo solchenfalls auch die Brautschätze der Behörde anheimfallen, behauptet werden kann; s. Haubold Lehrb. des sächsischen Rechts §. 61. Additionaldecrete zur Nürnberger Reformation S. 84. und 269.

Zu 2) Durch den Eintritt in ein Kloster; cap. 7. X. de convers. conjug. (3. 32.), Concil. Trident. Sess. 24. de sacram. matrim. can. 6. durch Annahme einer höheren geistlichen Weihe, cap. 1. X. de cler. conj. (3. 3.) und selbst durch das bloße Gelübde für eines von beiden; Wiese Handb. d. Kirchenr. Thl. II. §. 271.

Zu 3) Diese bestehen

a) in Verletzung der Treue durch eine nach dem Eheversprechen mit einer andern Person getriebene Unzucht; — oder auch durch Eingehung eines zweiten Eheverlöbnisses cap. 25. X. de jurejur. (2. 24.), Glück Thl. XXIII. §. 1203. S. 97.

b) Quasi desertio, indem sich ein Theil heimlich in das Ausland entfernt hat; cap. 5. X. de sponsal. (4. 1.), welchenfalls ihm

*) [Ehemals, denn durch eine Sächsische Ministerialverordnung von 1835 ist jener Gebrauch aufgehoben; jetzt ist eherichterliche Concurrenz bei der Auflösung nicht mehr erforderlich.]

der Richter einen Termin zur Comparition anberaumen, und, wenn er nicht erscheint, das Verlöbniß aufheben kann; s. Boehmer J. E. P. Lib. IV. tit. §. 182. — oder, wenn er erscheint, ihm einen Termin zur Vollziehung der Ehe setzt, nach dessen fruchtlosem Ablauf die Sponsalien durch gerichtliches Erkenntniß aufgehoben werden;

c) grundlose Verzögerung des Ehevollzugs cap. 5. u. 22. X. de sponsal. (4. 1.). Es wird hierbei vorausgesetzt, daß keine rechtmäßigen Entschuldigungsgründe obwalten, l. 17. D. 23. 1. — und daß die Zögerung 2 Jahre — während sich der Bräutigam in derselben Provinz befand — oder 3 Jahre, wenn er sich außer derselben auf Reisen befand, — gedauert habe, l. 2. C. 5. 17. — l. 17. D. 23. 1. — Indessen wird h. z. T. die Anwendbarkeit jener bestimmten Präscriptionszeit bezweifelt; Glück Thl. XXIII. S. 98—106.

d) Veränderung oder gänzlicher Mangel der vorausgesetzten Eigenschaften des andern Theils, wodurch sich eine unglückliche Ehe befürchten läßt; s. Glück a. a. O. S. 107., Richter a. a. O. §. 271. a. E.

e) Wegen Nichterfüllung einer ausdrücklich gemachten Bedingung, s. c. 3. X. de conditionibus adpositis (4. 5.) Damit darf aber der Fall nicht verwechselt werden, wenn die Eltern der Braut dem Bräutigam etwas versprochen hätten, ohne daß die Braut selbst am Versprechen Theil genommen hat. Da wird vielmehr, wenn der Bräutigam sich des Ehevollzugs vor Erfüllung jener Bedingung weigert, gegen ihn erkannt, und dem Bräutigam die Klage gegen den Promittenten vorbehalten; Leyser Sp. 293. M. 5., Quistorp rechtl. Bemerk. Thl. I. pag. 159.. Casus doli würde indessen eine Ausnahme machen.

Zu 4) Da bekanntlich nach R. R. die Willensfreiheit für die Eingehung des wichtigsten Lebensverhältnisses so ganz unbeschränkt war, daß mit dem Einklang der Gemüther auch die äußere Bindung aufhörte, l. 1. C. 5. 1., was auch noch h. z. T. in mehreren deutschen Ländern, z. B. in Oesterreich, Baden, Nassau u. a. O. gilt; s. Hartitzsch Eherecht §. 144., dagegen nach canonischem und jetzigem gemeinen Recht ein gerechter Grund dazu erfordert wird, so wird man zwischen gänzlicher Willkür und strenger Bindung die Mitte suchen müssen, wie denn überhaupt die Gesetzgebung, und also auch die Gesetzesauslegung die Unvollkommenheit der menschlichen Natur vor Augen haben muß. Der Richter wird daher eine vernünftig motivirte

Sinnesänderung für genügend annehmen, oder eine solche Veränderung der Verhältnisse, welche, wenn man sie vorausgesehen hätte, von der Eingehung des Eheversprechens abgehalten haben würde, und welche eine unglückliche Ehe wahrscheinlich macht; Schott Eherecht §. 155. Man rechnet hierunter

a) den Sittenverfall des andern Theils, z. B. Hang zur Trunkenheit; Leyser Sp. 295. M. 5., Hommel Rhaps. Vol. II. Obs. 406., Boehmer J. E. P. Lib. IV. tit. 1. §. 180., Voet Comm. ad Pand. T. II. Lib. 23. tit. 1. §. 15.

b) Begehung eines entehrenden Verbrechens während des Brautstandes; z. B. Dieberei, s. Albrecht Rechtsfälle Bd. III. S. 341.

c) Wenn der Verlobte eine schon früher vom Andern getriebene Unzucht erst nach dem Verlöbniß erfährt; Glück Thl. XXIII. S. 97.

d) Erlittene grobe Beleidigung, entstandene unversöhnliche Feindschaft, doch wird dabei immer justa et probabilis causa erfordert, und kann die einseitige Vorschützung nicht beachtet werden; s. Albrecht a. a. O. S. 302.

e) Eine ansteckende oder unheilbare, nach Manchen auch eine andauernde Krankheit, oder auch eine körperliche Verunstaltung; s. Jacobson im Rechtslex. Bd. III. S. 538., Ekel erregende, vor Schließung des Eheverlöbnisses dem andern Theil unbekannt gebliebene Gebrechen; cap. 25. X. de jurejur. (2. 24.) cap. 3. X. de conjugio lepros. (4. 8.), Boehmer J. E. P. Lib. IV. tit. 1. §. 176. — Wegen übler und höchst widerlicher körperlicher Ausdünstung des Bräutigams wurde die auf Ehevollzug verklagte Braut von der Klage entbunden in Albrecht's Rechtsfällen Bd. II. S. 342. — In einem Fall, wo die Braut aus einem nächtlichen Besuch des Bräutigams die Ueberzeugung von seiner Impotenz erlangt zu haben behauptet hatte, wurde auf deren Beweis erkannt; s. Albrecht's Rechtsfälle III. S. 253.

f) Wahnsinn; l. 16. §. 2. D. 23. 2. — l. 22. §. 7. D. 24. 3. — Die scheinbar entgegenstehende l. 8. D. 23. 1. — kann nicht anders ausgelegt werden, als daß furor postea interveniens die Sponsalien nicht ipso jure aufhebe, woraus noch nicht folgt, daß er auch nicht als Repudienursache anzuerkennen sey; Glück Thl. XXIII. §. 1203.

g) Religionsveränderung; s. Boehmer J. E. P. a. a. O. §. 178., Hofacker Princ. jur. civ. T. I. §. 399.

h) Verlust des Vermögens, wenn dadurch Mangel der nöthigsten Lebensbedürfnisse entsteht; Glück Thl. XXIII. §. 1203. S. 108.,

Boehmer J. E. P. a. a. O. §. 177., Hofacker a. a. O. In Sachsen sind die Repudienursachen durch den Gerichtsgebrauch bestätigt; s. Hartitzsch Eherecht §. 152. Im preußischen Landr. Thl. II. tit. 1. §. 100. ꝛc., finden sich eigene Bestimmungen.

Zu 5) Die Meinungen der Rechtsgelehrten hierüber sind verschieden. Manche halten für erforderlich, daß der Minderjährige einen ihm durch Erfüllung des Eheversprechens zugehenden Nachtheil darthun müsse; s. Leyser Sp. 295. M. 8., dagegen mehrere angesehene Rechtsgelehrte statuiren, daß eine der Neigung zuwiderlaufende Ehe an sich schon den Nachtheil mit sich führe, mithin dieser nicht noch besonders bewiesen zu werden brauche; Boehmer J. E. P. a. a. O. §. 88., Walch controv. jur. civ. Sect. I. Cap. II. Membr. 1. §. 5. J. H. Boehmer Diss. de restit. in integr. contra sponsalia pura minor. Halae 1722., Hartitzsch Eherecht §. 152., Glück Thl. VI. §. 462. S. 15. Bd. XXIII. S. 109. §. 1208. Diese auch in den preußischen Gerichten angenommene Meinung; s. Klein's Annalen Bd. XII. no. 7. S. 83. scheint um so mehr die richtige, als außerdem die fragilitas aetatis zu wenig berücksichtigt, und kaum mehr ein Unterschied zwischen der Behandlung der Volljährigen und der Minderjährigen bei dem Rücktritt von Sponsalien bemerklich bliebe.

Zu 6) Ja; s. cap. 25. X. de jurejur. (2. 24.)

Zu 7) Dahin: daß das Eheverlöbniß wieder aufzuheben sey, Klägern auch die Freiheit sich anderweit verloben zu können, zuerkannt, und Beklagter zur Zurückgabe des Mahlschatzes und der Verlöbnißgeschenke angehalten werden möge; l. 5. C. 5. 1. —

---

§. 55.

4. Wirkungen der Ehe in Betreff der persönlichen Verhältnisse der Ehegatten.

1) Welche persönliche gegenseitige Rechte und Pflichten werden beiden Ehegatten gemeinschaftlich durch das Band der Ehe auferlegt?
2) Wird die Pflicht zur ehelichen Beiwohnung durch das Gelübde der Keuschheit aufgehoben? oder auch
3) durch beiderseitige eidliche Entsagung?
4) In welchen Fällen kann der eheliche Beischlaf verweigert werden?

5) Welche Rechte stehen dem Ehemanne insbesondere gegen die Frau zu?
6) Wenn die Frau eine eigene Kunst oder Gewerbe treibt, ist sie dann schuldig, den Gewinn davon ganz oder zum Theil ihrem Ehemanne zu überlassen?
7) Hat der Ehemann das Recht mäßiger Züchtigung gegen die Frau?
8) Welche Rechte erwirbt die Ehefrau insbesondere durch die Ehe und inwiefern kann sie derselben im Wittwenstand wieder verlustig werden?
9) Welche Verbindlichkeit hat sie in Ansehung ihrer Leibesfrucht?
10) Insofern die Verbindlichkeit der Ehefrau zum Gehorsam gegen ihren Ehemann und die Verbindlichkeit zu lebenslänglicher Treue und Hülfeleistung es mit sich bringt, daß sie dem Ehemann auch bei Veränderung seines Wohnorts zu folgen schuldig ist, so fragt sich, ob sie ihm auch in Geiselschaft oder Gefangenschaft folgen muß? oder auch
11) wenn er zu Festungs-, Zuchthaus- oder Galeerenstrafe verurtheilt ist? ingleichen
12) ob eine durch Ehevertrag festgesetzte Bestimmung, daß die Frau nicht schuldig sey, dem Mann in einen andern Wohnort zu folgen, oder daß er den Ort der ehelichen Ansässigmachung nicht mit einem andern Wohnort vertauschen dürfe, rechtsverbindlich sey?

Zu 1) Der Anspruch auf Leistung der ehelichen Pflicht, — auf eheliche Treue, selbst bis zur Vermeidung Verdacht erregender Handlungen — auf eheliche Hilfleistung — Richter Kirchenr. §. 266. No. II. — und auf einen Grad persönlicher Achtung, mit welchem es sich z. B. nicht vereinbaren ließe, wenn ein Ehegatte gegen den andern wegen eines vor oder während der Ehe begangenen Verbrechens eine actio poenalis oder famosa anstellen würde s. l. 2. C. 5. 21. — l. ult. §. ult. C. 6. 2. [vergl. oben §. 47. zu Fr. 12 a.]

Zu 2) Nein; s. causa 33. qu. 5. — c. 19. 24. causa 27. qu. 2. — cap. 1 — 3. X. de convers. conjug. (3. 32.) — cap. 8. u. 13. X. de rest. spoliat.

Zu 3) Diese kann den Widerruf eines oder des andern Theils niemals ausschließen, cap. 24. X. de jurejur. (2. 24.)

Zu 4) Zur Zeit der Menstruation, oder wenn die Mutter ihr Kind säugt, c. 4. Dist. V., oder wenn die Frau wegen einer vorhergegangenen unglücklichen Geburt bei einer abermaligen Schwangerschaft in Gefahr des Lebens gerathen würde; s. Hartitzsch Eherecht §. 184., ferner, wenn der andere Theil den Beischlaf auf eine Weise verlangen würde, welche der Kindererzeugung entgegen wäre; s. c. 3. causa 32. qu. 2. — c. 5. causa 33. qu. 5. oder so häufig, daß es der Gesundheit schädlich wäre; s. Dabelow Eherecht §. 153., oder auch wenn der Frau die Niederkunft nahe bevorsteht.

Insbesondere hat ein matrimonium clandicans die rechtliche Wirkung, daß der unschuldige dem ehebrecherischen Gatten die eheliche Pflicht verweigern kann; s. Glück Thl. XXIII. S. 284. Thl. XXIV. S. 380. Richter a. a. O.

Zu 5) Dem Ehegatten steht insbesondere Folgendes zu:

a) Der Mann wird für das Haupt der Familie geachtet, daher ihm die Ehefrau in domesticis subordinirt ist und der Mann auch das Recht hat, den Wohnort zu bestimmen, can. 12. 15. causa 33. qu. 5. Richter a. a. O. §. 266. No. II. In den Ländern, in welchen cura sexus eingeführt ist, hört diese nach geschehener Verehelichung sogleich auf und geht in die potestas maritalis über.

b) Es steht ihm ein mandatum praesumtum in den gerichtlichen Angelegenheiten der Ehefrau zu; l. 21. C. 2. 13. —

c) Er hat das Recht auf alle häuslichen Arbeiten der Frau (operas domesticas) und auf Dienstleistungen derselben in seinem Geschäft (operas obsequiales) l. 48. D. 38. 1. und kann

d) in Nothfällen fordern, daß ihm die Ehefrau standesmäßigen Unterhalt prästire, l. 29. C. 5. 12.; Glück Thl. XXIV. S. 392. §. 1225., Voet, Comm. ad Pand. Lib. XXV. tit. 3. §. 8. Schott, Eherecht §. 182. a. E.

e) Verändert der Mann das Domicil, so ist die Frau zu folgen verpflichtet, wenn nicht eine causa turpis Anlaß gibt. Seuffert's Archiv Bd. VIII. No. 143. Bd. XIII. No. 38. Ueber den Fall, wenn der Mann zur Flucht genöthigt ist, — wobei jedoch nicht nothwendig eine causa turpis obwalten kann — entscheidet c. 4. C. 34. qu. 1. vergl. zu Fr. 12. Richter a. a. O.

[f) Das Recht des Ehemannes zu verlangen, daß seine Ehefrau ein entehrendes Gewerbe, z. B. ein von ihr (mit polizeilicher Erlaubniß) gehaltenes Bordell, aufgebe, kann unter Umständen cessiren, z. B. wenn die Frau dieses Gewerbe schon bei Ein-

gehung der Ehe mit Wissen und Willen des Mannes betrieb und fortsetzte und Letzterer sich bisher von den daraus gezogenen Früchten ernähren ließ: denn solchenfalls fällt der Grund weg, daß durch das (fernere) Betreiben dieses Gewerbes des Mannes Ehre beeinträchtigt werde; Erkenntn. des O.=A.=G. Darmstadt in Seuffert's Archiv Bd. X. No. 58.]

Zu 6) Der Mann ist zwar berechtigt, aus den Diensten der Frau zu erwerben; l. 48. D. 38. 1. — jedoch versteht man dies nicht von Kunst= und Handwerksarbeiten der Frau; s. l. 51. D. 24. 1. — l. 6. C. 5. 16. Daher die meisten Rechtslehrer diese Gewinnung der Frau zusprechen, doch nur unter der Voraussetzung, daß die operae domesticae et obsequiales nicht darunter leiden, oder sie die Mehrausgaben, welche dadurch dem Mann zuwachsen, ihm vergütet; s. Glück a. a. O. §. 1223. S. 388. ꝛc. — Struben rechtl. Bedenken Bd. IV. no. 25., Schott Eherecht §. 181., in not., Thibaut System d. P. R. Bd. I. §. 438. — Berger Oecon. jur. III. 3. 8., Hänsel Excurse zu Curtius §. 118., Weber Kirchenr. §. 128. Sintenis Civilr. Bd. III. §. 131. Anm. 4. A. M. ist Erhardt Diss. de jure mariti in acquaestum uxoris per operas artificiales. Altdorf 1742. Obigen Grundsätzen gemäß erkannte das O.=A.=G. in Dresden wie folgt: Ehefrauen erwerben ihre Schauspieler=Gage, sowie das, was sie damit ankaufen, denn die Berechtigung des Mannes, Thätigkeit der Frau zur Erhaltung des Hausstandes zu fordern, erstreckt sich nicht auf solche Leistungen derselben, welche eine Ausbildung besonders erlernter Kunst und Ausübung derselben ohne Beziehung auf das Geschäft des Mannes erfordern. Unbillig wäre, wenn die Frau lediglich dem Manne verdienen sollte, was sie erst nach mit Kosten und Zeitaufwand erfolgter Erlernung sich verschaffen kann; s. Wochenbl. für Rechtsf. 1845. S. 236. v. J. 1852. S. 143.

Zu 7) Für die bejahende Meinung wird angeführt l. 8. §. 2. C. 5. 17. u. Nov. 117. c. 14. — Hellfeld jurispr. for. §. 1223—1225. — Aus letzterer geht aber nur so viel hervor, daß der Mann nicht eben gestraft werden kann, wenn er seine Frau verdientermaßen mit mäßiger Züchtigung belegt hat, woraus sich noch keine civilrechtliche Befugniß mit Bestimmtheit folgern läßt, daher die meisten Rechtsgelehrten dem Ehemann das Züchtigungsrecht gegen die Ehefrau absprechen; s. Donell. Comm. Lib. 13. c. 21., Glück Thl. XXIV. S. 383., Schott Eherecht §. 181., Hartitzsch Eher. §. 187. — Mackeldey Lehrb. des h. R. R. §. 515. not. a. Sintenis a. a. O. Anm. 4. a. E.

Zu 8) Sie erwirbt

a) das Recht auf Namen, Stand und Würde des Mannes, theilt dessen Gerichtsstand und Parochialverhältniß, und dies Alles auch noch als Wittwe, so lange sie nicht zur zweiten Ehe schreitet, l. 22. §. 1. D. 50. 1.; daß sie als Wittwe dieses Recht gleichwohl durch ein unkeusches Leben verlieren könne, wurde wohl früher von den meisten Schriftstellern, besonders rücksichtlich der Adelsrechte, behauptet und Thibaut behielt auch noch in der letzten Ausgabe seines Systems d. P.-R. §. 351. diese Meinung bei, welcher auch Hofacker, Eisenhardt, Malblanc, Hartitzsch u. A. auf die Autorität Lauterbach's im Coll. th. pr. Pand. L. 23. tit. 2. §. 88. gefolgt sind. Bestimmt läßt es sich aber aus Gesetzen nicht begründen, und es ist nur eine ganz willkürliche Meinung, wenn Schweppe im röm. Privatr. Bd. IV. §. 722. behauptet: „jede von Seite der Ehefrau nach Aufhebung der Ehe begangene Unzucht werde ihr mindestens als zweite Heirath angerechnet," — denn die von ihm dafür angeführte l. 7. C. 8. 56. handelt ausdrücklich nur von der zweiten Ehe in Rücksicht der den vorhandenen Kindern daraus entstehenden Nachtheile, und die Nov. 39. c. 2. stellt die während des Trauerjahrs geschwängerte Wittwe der während desselben sich wieder verheiratheten Wittwe nur eben wegen Verletzung des Trauerjahrs gleich.

Umfänglich hat den Ungrund einer Privation der Standesrechte der vidua stuprum passa ausgeführt, Kämmerer im civilist. Archiv Bd. XVIII. S. 88., und übereinstimmend hat die Frage: ob die Wittwe der ihr von ihrem Manne bis zu ihrer Wiederverheirathung vermachten Nutznießung des Vermögens auch dann verlustig werde, wenn sie außerehelich ein Kind zur Welt bringt? das O.-A.-G. in Jena verneinend entschieden; s. Emminghaus sächsische Pandecten S. 673. no. 14.; vergl. nachfolgenden §. 8. Frage 9.

b) Das Recht auf standesmäßigen Unterhalt, auch wenn sie dem Mann kein Heirathsgut zugebracht hat, oder auch wenn sie im Hauswesen nachlässig oder durch Krankheit unbrauchbar wird, oder aus eigener Schuld verarmt ist; l. 21. pr. D. 24. 1. — l. 13. C. 2. 19., Leyser Spec. 301. M. 1. Nur wenn die Frau ihn ohne gerechte Ursache verläßt, ist er von dieser Verbindlichkeit dispensirt; l. 22. §. 8. D. 24. 3., Struben rechtl. Bedenken Bd. IV. no. 56.

c) Die Frau kann vom Mann Schutz und Vertheidigung verlangen, l. 2. D. 47. 10. — Can. 11. Dist. III., der Mann ist auch schuldig, während der Schwangerschaft seiner Frau Alles zu vermeiden, was auf ihren Zustand nachtheilig einwirken könnte; s. Schott Eherecht §. 183., Glück Thl. XXIV. §. 1223. S. 392. und endlich

d) sie, wenn sie kein eigenes Vermögen hinterläßt, aus seinen Mitteln begraben zu lassen; l. 16. D. 11. 7. — Stryck Us. mod. Pand. ad tit. de religiosis §. 45.

Zu 9) Sie ist verbunden, diese selbst zu stillen, wenn nicht ganz besondere Hindernisse vorhanden sind; Schott Eherecht §. 183. et autor. ibi cit. und auf deren Erhaltung besondere Sorgfalt zu verwenden.

Zu 10) Die Verbindlichkeit der Ehefrau, dem Mann auch in einen veränderten Wohnort zu folgen, l. 5. D. 23. 2. — l. ult. C. 10. 39. — pflegt nicht so weit ausgedehnt zu werden, daß sie ihm auch in Geiselschaft oder Gefangenschaft zu folgen hätte; s. Schott a. a. O. §. 179. in not., Richter Eher. §. 266. No. II., noch weniger

Zu 11) in Straforte; indessen kann auch eine bloße Veränderung des Wohnorts als Strafe eines, nicht eben die Scheidung bewirkenden, Verbrechens verhängt werden, und da ist es zweifelhafter, ob die Frau dem Mann zu folgen verbunden sey. — Die meisten Rechtsgelehrten bejahen diese Frage; s. Dabelow Eherecht §. 168., Schott Eherecht §. 182 in not., Quistorp Beitr. z. Erläut. verschied. Rechtsmaterien Stück 2. no. 5., Hofacker Princ. jur. civ. T. I. §. 413., Schweppe römisches Privatrecht §. 676., doch nicht ohne das richterliche Ermessen nach Beschaffenheit der Fälle auszuschließen; s. Hartitzsch Eherecht §. 196., Mittermaier Grunds. d. deutsch. Privatr. §. 383. — A. M. ist Glück Thl. VI. §. 514.

Zu 12) Mehrere Rechtslehrer behaupten, daß ein solcher Vertrag ohne alle rechtliche Wirkung sey und dem jederzeitigen Gutfinden des Mannes die Bestimmung des Wohnorts unbenommen bleiben müsse; s. Mevii Dec. P. VI. Dec. 227. no. 3., Danz Grunds. d. ordentl. Proc. §. 27., Malblanc Conspect. rei jud. §. 159. pag. 291., Eisenhart Rechtshändel Thl. I. no. 15. S. 304. u. 313., Glück Thl. VI. S. 278. ꝛc. u. Thl. XXV. S. 344., — welcher für seine Ansicht auch einen Ausspruch der Rota Romana v. J. 1784 anführt. Andere hingegen finden einen solchen Vertrag nicht anstößig, und halten ihn vielmehr für verbindend; s. Schott Eherecht §. 182. in

nota, wenigstens in so weit, daß die Frau das Interesse zu fordern berechtigt sey, wenn der Mann dem Vertrage zuwider seinen Wohnsitz ändert und diese Veränderung für die Frau nachtheilig ist; s. Voet Comm. ad Pand. L. V. tit. 1. §. 101., Lauterbach Diss. de domicilio § 61., Stryck Diss. de mutatione domicilii Cap. IV. no. 18., Wernher selectae Obs. for. T. III. P. II. Obs. 261. — Balecke in Commentat. de juribus ex mutatione domicilii maxime intuitu conjugum resultantibus, Rostock 1755. Sect. I. §. 9., jedoch mit der Einschränkung: si justa et urgens supervenerit domicilii mutandi causa, e. g. mutatio religionis, aut conditio rei familiaris, aut melior statio et honoratior vocatio. Auch das preußische Landrecht Thl. II. Tit. 1. §. 835. statuirt, daß die Frau ihrem Mann nicht folgen dürfe, wenn ihr diese Pflicht durch einen vor der Heirath geschlossenen Vertrag erlassen wurde. Nach gemeinem Rechte muß man aber wenigstens in der Regel, wie selbst Voet a. a. O. anerkennt, eine solche Bestimmung für nicht rechtsverbindlich erkennen; denn wenn überhaupt schon eine Bedingung nicht gilt, per quam jus libertatis infringitur, l. 71. §. 2. D. 35. 1., so muß dies um so mehr da gelten, wo nicht blos das jus libertatis, sondern auch die Grundlage des Eheverhältnisses, die potestas maritalis, in einem wichtigen Punkt aufgehoben wird. So erkannte auch das O.-A.-G. in Jena in einem Fall, wo dem Ehemann, welcher sich im Ehevertrag zur Unterstützung seiner Schwiegereltern auf dem gewählten Ansitz verpflichtet hatte, — das Hinwegziehen nicht gestattet werden sollte: „Mögen die Schwiegereltern daraus irgend einen Anspruch gegen den Mann ableiten, jedenfalls steht der Frau kein Recht zu, darum der Pflicht sich zu entziehen, dem Manne dahin zu folgen, wo er seinen Wohnsitz zu nehmen für gut findet;" s. Emminghaus Pandecten S. 265. mit Beziehung auf Quistorp Beitr. I. S. 338., Schnaubert Kirchenr. §. 254., Wiese Kirchenr. II. S. 674. III. S. 411. Der Zweifel dreht sich daher nur darum, ob es nicht wenigstens nach Beschaffenheit der Fälle Ausnahmen von der Regel geben könne, wenn blos leichtfertige Sinnesänderung oder Chikane den Mann zur Veränderung des ehelichen Wohnsitzes treibt. Z. B. der Mann hat zum Weibe eingefreiet, auf ihr ländliches Besitzthum war der ganze Hausstand nach der gemeinschaftlichen Absicht begründet; nun zieht er hinweg, ohne einen gleich vortheilhaften Hausstand anderwärts begründen zu können, wo er seiner Frau nicht so anständige Wohnung und Unterhalt gewähren kann, als in dem Hause ihrer Eltern, welches deshalb zum häuslichen Sitz erwählt worden war, weil auf die elterliche Beihilfe gerechnet werden mußte; s. die

in Pfeiffer's prakt. Ausführungen Bd. V. S. 98. 131. u. 145. no. 23. 30. 31. angeführten Fälle.

Es kommt auch wohl vor, daß verheirathete Söhne sammt ihren Frauen sich in häuslicher Gemeinschaft mit den Eltern befinden. Obwohl dieses Verhältniß nach Willkür zulässig ist, so ist doch eine rechtliche Verpflichtung dazu nicht zu begründen, weil es contra bonos mores wäre, eine derartige Gebundenheit einer Familie an eine andere als Rechtspflicht anzunehmen. Die Ehefrau hat daher, auch wenn sie vor Eingehung der Ehe die von seinen Eltern abhängige Stellung des Ehemannes kannte, das Recht nicht verloren, vom Ehemann zu fordern, daß er die Bedingungen zum Bestand eines geeigneten selbständigen ehelichen Verhältnisses gewähren müsse; s. Erk. d. O.-A.-G. in Jena in Emminghaus sächs. Pandecten S. 265. no. 35.

---

§. 56.

5. Wirkungen der Ehe in Betreff des Vermögens der Ehegatten; und einzelne Vermögensarten.

A. Im Allgemeinen.

1) Inwiefern entsteht durch die eheliche Verbindung eine Veränderung in den Vermögensrechten der Ehegatten, und welcherlei sind die wesentlich verschiedenen Gestaltungen des ehelichen Güterrechts?

1a) [Inwieweit findet Compensation von Obligationen des einen Gatten mit Obligationen des anderen statt?]

2) Können Eheverträge nicht blos vor, sondern auch nach dem Ehevollzug giltig errichtet werden? Bedürfen sie der gerichtlichen Insinuation?

3) Was ist in Ansehung des materiellen Inhalts der Eheverträge vorzüglich zu beobachten?

4) Gegenstände derselben:
   - a) Heirathsgut; Ausfertigung oder instructus muliebris.
   - b) Gegenvermächtniß, donatio propter nuptias.
   - c) Morgengabe.
   - d) Leibgeding und Witthum; genießt ersteres auch die Privilegien der dos? und aus welchen Gründen können beide erlöschen?

5) Wenn in der Ehe ein gesonderter Güterstand besteht und

bei einzelnen Vermögensstücken keine Gewißheit vorhanden ist, ob sie dem Manne oder der Frau gehören, wornach richtet sich die Entscheidung?

6) Nach welchen Gesetzen richtet sich das eheliche Güterrecht bei Veränderung des Wohnorts der Ehegatten?

7) Gilt eine pactirte Ehe als solche auch an einem neuen Wohnort, wenn da eine communio bonorum legalis eingeführt ist?

8) Können Eheleute nach bereits eingegangener Ehe die gesetzliche oder vertragsmäßige Gütergemeinschaft schlechthin wieder aufheben oder abändern?

9) Erstreckt die communio bonorum legalis ihre Wirksamkeit auch auf die in fremdem Gebiet gelegenen Güter?

10) Wenn einem der in communione acquaestus befindlichen Ehegatten ein Lotteriegewinnst zufällt, ist derselbe zur ehelichen Gewinnung zu rechnen?

11) Ist ein dem Manne als Rechnungsbeamten zur Last fallender Rechnungsreceß für eine Eheschuld zu achten?

12) Kann die Ehefrau, welche, in pactirter Ehe lebend, zum Zweck hauswirthschaftlicher Bedürfnisse mit einem Dritten ein Geschäft eingegangen hat, aus demselben unmittelbar vom Gläubiger belangt werden?

Zu 1) Eine Veränderung in den Vermögensrechten entspringt in der Ehe

A. aus einer solchen Vermögensvereinigung beider Ehegatten, durch welche das Vermögen des Einen dem Andern entweder im Ganzen oder zum Theil oder in gewisser Beziehung gemeinschaftlich wird, wie bei der deutschrechtlichen universellen oder particulären Gütergemeinschaft;

B. nach älteren deutschen Rechten auch aus dem mundium des Ehemannes; s. Gengler deutsch. Privatr. S. 1017.

C. bei gesondertem Güterstand, wie nach römischem Recht,

a) aus der zwecklichen Bestimmung, welcher die Ehegatten ihr Vermögen in Beziehung auf den Ehestand unterwerfen, als dos, donatio propter nuptias bona parapherna u. s. w.;

b) aus einer Fürsorge der Gesetze gegen excedirende Einflüsse des Ehebands auf den Vermögensstand Eines der Ehegatten, deren

Wohl ein gemeinschaftliches seyn soll, daher das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten.

Die Hauptarten des ehelichen Güterstands sind entweder:

A. die deutschrechtliche, in dem Sprichwort: „Mann und Weib haben kein gezweiet Gut," ausgedrückte allgemeine Gütergemeinschaft, oder

B. der gesonderte Güterstand, und zwar
 a) das römische Dotalsystem;
 b) die aus deutschen Gewohnheiten und Statuten begründeten, hier und da durch den Einfluß des römischen Rechts veranlaßten Modificationen der ehelichen Vermögensrechte, welche in den mannigfaltigsten Formen vorkommen; z. B. der ususfructus maritalis, Eigenthum der Frau an einem Theil der fahrenden Habe (Gerade), Anspruch derselben auf ein Witthum oder in dessen Ermanglung auf eine dos legitima, die portio statutaria, endlich abweichend von dem ursprünglichen deutschen Princip des dem Ehemann über die Frau zustehenden Mundiums, wenn durch die Ehe das Vermögen der Ehegatten zum Theil gemeinschaftlich wird, und zwar entweder die ganze Fahrniß sammt den während der Ehe erworbenen Liegenschaften (particuläre Gütergemeinschaft), oder lediglich die s. g. Errungenschaft (acquaestus conjugalis, Errungenschafts-Gemeinschaft.) *)

---

*) Die grenzenlose Verschiedenheit deutscher Particularrechte macht es unmöglich, über die Vermögensrechte in der universellen und particulären ehelichen Gütergemeinschaft während der Ehe und selbst über den Tod eines Ehegatten hinaus (communio prorogata) irgend eine Frage über die Grenzen der Dispositions- und Verwaltungsbefugnisse, über die Verbindlichkeit des einen Ehegatten aus Handlungen des Andern u. s. w., durch eine gemeingiltige Antwort zu erwiedern. Wir müssen uns daher hier mit einigen generellen Fragen begnügen, und alles Uebrige in das hier nicht zulässige Gebiet der Particularrechte verweisen. Principienmäßig möchte sich wohl Folgendes annehmen lassen:

I. In der allgemeinen Gütergemeinschaft:

1) dem Mann gebührt die Verwaltung des ganzen ungetheilten Vermögens;

2) er bedarf zu Veräußerungen und Erwerbungen nicht der Einwilligung der Ehefrau, ist aber weder zu Schenkungen, noch zu letztwilligen Verfügungen über das Sammtvermögen befugt, — insoweit nicht quote Theile bestehen, z. B. bestimmt ist, daß eine Vermögenshälfte dem Mann, die andere der Frau gehört;

3) das Vermögen der Frau haftet für jede vom Mann contrahirte Schuld, wenn sie gleich nicht in dieselbe eingewilligt hat; doch kann sie, wenn sie sich nicht durch eigene Handlung verpflichtet hat, durch Abtretung des Sammtver

[Zu 1a) Diese Frage ist aus dem ehelichen Güterrecht zu beantworten, denn es handelt sich hierbei, wie Saran i. d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. XVIII. (1861.) S. 89. richtig bemerkt, darum, nach den verschiednen Gütersystemen das Rechtsverhältniß des einen Ehegatten zu den Forderungen und Schulden des anderen zu ermitteln, weil dieses darüber entscheidet, ob dem einen Haupterforderniß der Compensation: Gegenseitigkeit der Forderungen, genügt ist. Aus diesem Gesichtspunkt hat das Preuß. A. L.-R. Thl. I. Tit. 16. §§. 336—341. ausführliche Vorschriften aufgestellt. Vergl. Krug, Lehre v. d. Compensation, (1833), §. 70. Dernburg die Compensation nach R. R. (1854), S. 400 ff. Lauterbach Colleg. theor.-pract. Lib. XVI. tit. 2. §. 9. Die einzelnen denkbaren Fälle werden von Saran a. a. O. S. 91—100. der Reihe nach behandelt.]

---

mögens an die Gläubiger beim Ableben des Mannes von weiterer Verfolgung sich befreien und sich ihren künftigen Erwerb sichern.

4) Aus Verbrechen haftet ein Theil nicht für den andern Theil, wenn quote Theile bestehen, oder das eingebrachte Vermögen des verbrecherischen Ehegatten dargelegt werden kann;

5) die Handlungen der Ehefrau verbinden den Mann nicht weiter, als er ihr entweder die Verwaltung des Vermögens überlassen oder die Schuld bewilligt hat.

II. In der particulären Gütergemeinschaft:

1) dem Mann steht die unbeschränkte Verwaltung aller Güter zu, eine Veräußerungsbefugniß aber nur in Ansehung seiner eigenen und der gemeinen Güter und bei letzteren ist er, wenigstens was Immobilien betrifft, nach Statuten häufig an die Einwilligung der Frau gebunden.

2) Ueber die Güter der Ehefrau hat er keine anderen Rechte, als welche ihm das römische Recht hinsichtlich des Dotal- und Paraphernalguts einräumt;

3) die Frau kann ohne Zustimmung des Mannes von ihren Gütern nichts veräußern, wohl aber darüber testiren;

4) für gemeine Schuld, welche aber nur durch beiderseitige Einwilligung oder durch den Aufwand für das Beste der ehelichen Gesellschaft begründet werden kann, haftet nicht nur das gemeinschaftliche Vermögen, sondern auch das Sondergut.

Für die vom Mann contrahirten Schulden haftet hier und da die Errungenschaft unbedingt;

5) der überlebende Ehetheil kann der Gewinnung entsagen, und dagegen sein eingebrachtes Gut zurücknehmen; s. Eichhorn Einl. in das deutsche Privatr. §. 308. rc. [Aus neuerer Zeit sind zu vergl. v. Gerber Betrachtungen über das Güterrecht der Ehegatten nach deut. R. in seinem Jahrb. f. d. Dogmatik, Bd. I. S. 239—272. Roth Ueber Gütereinheit und Gütergemeinschaft, in Bekker's Jahrbb. d. gem. deut. R. Bd. III. S. 313—358. und Rathmann Einige Worte üb. ehel. Güterrecht nach heutigem gem. R. in Deutschland. Chemnitz 1859.]

Zu 2) Eheverträge können sowohl vor als nach Eingehung der Ehe giltig errichtet werden; s. l. 1. pr. l. 12. §. 1. l. 20. pr. D. 23. 4. und bedürfen auch in der Regel nach gemeinem Recht nicht der gerichtlichen Insinuation l. 6. C. 5. 11. cf. l. un. §. 1. u. 16. C. 5. 13. — l. 15. C. 5. 12., Glück Thl. XXV. S. 165. 336. 379., Pütter auserlesene Rechtsfälle Bd. I. Thl. 2. Resp. 46. S. 257. Nur ausnahmsweise kann dieses Erforderniß eintreten,

a) wenn der Mann der Frau im Ehevertrag eine 500 Solidi übersteigende donatio propter nuptias aussetzt; denn dafür ist die gerichtliche Insinuation vorgeschrieben, jedoch mit der Modification, daß es der Frau unschädlich seyn soll, wenn der Mann die Insinuation unterläßt; s. Nov. 119. c. 1. Nov. 127. c. 2.

b) wenn eine donatio mortis causa oder eine 500 Solidi übersteigende Schenkung unter Lebenden dem Ehevertrag einverleibt ist; Thibaut System §. 371. (Ed. VIII.), Tigerström Dotalrecht Bd. II. S. 426. ꝛc. Außerdem bedürfen pacta dotalia überhaupt keiner Solennität, wie auch nach sächsischem Recht ausgeführt wird von Gottschalk in Discept. for. Vol. I. pag. 125.

c) Gerichtliche Confirmation kann auch dann nöthig seyn, wenn über Immobilien disponirt wird, nach den Landesgesetzen aber solches nicht ohne gerichtliche Bestätigung gilt.

Zuziehung der Verwandten ist Grundsatz des deutschen Rechts; s. Mittermaier deutsch. Privatr. §. 359. besonders der Vormünder der Minderjährigen, wenn sie gleich nach R. R. nicht nöthig war; s. Buddeus im Rechtslex. Bd. III. S. 602. und der Geschlechtscuratoren, wo die cura sexus eingeführt ist.

Zu 3) Sie dürfen nichts enthalten, was dem Zweck der Ehe, dem Ansehen des Mannes und der Würde der Frau entgegen ist; cap. 24. X. 2. 24. — oder der rechtlichen Bestimmung der dos widerstreitet, und wodurch die Rechte des einen oder andern Ehegatten rücksichtlich der dos und donatio propter nuptias gefährdet würden; Paul. I. 6. functio dotis pacto mutari non potest; l. 27. §. 2. D. 2. 14. — l. 2. l. 4. pr. l. 5. §. 1. u. 2. l. 6. l. 12. l. 14—17. D. 23. 4. — l. 14. §. 1. D. 24. 3. — l. 3. 6. 9. 10. C. 5. 14. — Nov. 97. c. 1.

Unzulässig ist beispielsweise eine Bestimmung des Ehevertrags, wonach die Ehescheidungsstrafen erlassen, erhöhet oder vermindert werden sollten; l. 5. D. 23. 4. — Glück Thl. XXV. S. 349. —

oder der Mann nicht die Wohlthat der Competenz solle in Anspruch nehmen dürfen; l. 14. §. 1. D. 24. 3. — oder die Eheleute getrennt leben und der ehelichen Beiwohnung sich enthalten sollen — oder daß der Mann nicht die dos oder wenigstens nicht die Nutzungen der dos erhalten solle; l. 11. l. 20. D. 23. 4. — vergl. jedoch l. 4. eod. und Glück a. a. O. S. 354. ꝛc.; oder daß er die dos während der Ehe zurückgeben solle; l. 1. l. 2. D. 23. 3. — nam dotis causa perpetua est; oder daß ihm die impensae necessariae in rem dotalem factae nicht vergütet zu werden brauchen. Eben so wenig gelten Bestimmungen zum Nachtheil der Frau, z. B. daß bei Aufhebung der Ehe das Heirathsgut nicht an die überlebende Frau zurückkommen solle, l. 2. D. 23. 4. — l. 1. §. 1. D. 33. 4. — l. 3. C. 5. 14. — oder daß es später zurückgegeben werden solle, als die Gesetze es bestimmen; l. 14—17. D. 23. 4.

Erlaubt ist indessen die Bestimmung, daß der Mann nach dem Tod der Frau die dos behalten solle; l. 12. pr. l. 26. §. 2. D. 23. 4. — l. 6. C. 5. 14. — l. 48. D. 24. 3. — l. 17. D. 23. 5. — Ungiltig ist der Vertrag, daß der Mann nur dolum präſtiren soll, doch gelten Verträge, auf wessen Gefahr eine in dotem gegebene Schuldforderung stehen solle; l. 6. D. 23. 4.

Insofern ein Ehevertrag zugleich auch Bestimmungen für Todesfälle enthalten kann, woraus die Rechtsgelehrten die Distinction zwischen pacta dotalia simplicia und mixta bildeten, welche die wichtige Folge nach sich zog, daß sie nur im ersten Fall als unwiderruflicher Vertrag unbezweifelt gelten mußten, dagegen im andern Fall tanquam in vim ultimae voluntatis concepta, also für widerruflich erachtet werden konnten, war zwar schon seit dem 16. Jahrhundert (s. Gengler a. a. O. S. 856.) ein weites Feld für Streitigkeiten eröffnet; dieses ist aber glücklicher Weise h. z. T. verschlossen, indem man die unzuläſſige Einmengung des römischen Rechts, nach welchem Erbverträge nicht galten, in deutsches Recht verwerfend, keinen Grund mehr finden konnte, die Vertragsnatur in solchen Fällen auszuschließen oder in Zweifel zu ziehen, wenn der Ehevertrag sich auch auf Sterbefälle erstreckte, und daher unter Uebereinstimmung aller neueren Lehrer des deutschen Privatrechts dadurch kein Hinderniß entstehen kann, solche Verträge nicht minder den Grundsätzen des deutschen Obligationenrechts zu subsumiren, nach welchem alle pacta aus der Intention der Paciscenten, ohne sich dabei an die gebrauchten Worte zu binden, ihre Kraft und Giltigkeit erlangen. Es streitet daher immer wenigstens die Vermuthung für einfache und deshalb unwiderrufliche Eheverträge,

auch wenn die Ausdrücke erben, succediren, vermachen dabei gebraucht sind; s. Glück Thl. XXV. §. 1248.

Eine wichtige Beschränkung der Ehepacten in ihrer rechtlichen Wirksamkeit liegt übrigens in dem Grundsatz: daß in jeder Ehestiftung die Clausel „si sine liberis decesserint" gemäß der deutschen Rechtsparömie „Kinderzeugen bricht Ehestiftung" stillschweigend subintelligirt werden muß. Diese Beschränkung kann jedoch nur auf denjenigen Theil der Ehepacten gehen, welcher die Güterverhältnisse nach Lösung der Ehe durch den Tod des einen Ehegatten zum Gegenstand hat, unbeschadet also weitere Vertragssatzungen; Gengler deutsch. Privatr. S. 858. Verschiedene Ansichten s. Runde deutsch. ehel. Güterrecht §. 162., Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. §. 410. Maurenbrecher deutsch. Privatr. §. 568. S. 749. Zweifel bestehen indessen über die Frage, ob, wenn im Ehevertrag an eine supervenientia liberorum gar nicht gedacht ist, die beim Tod der Eltern vorhandenen Kinder den Ehevertrag doch salva legitima gelten lassen müßten, oder ob sie so viel fordern können, als sie erhalten würden, wenn jene Pacten nicht vorhanden wären. Die letztere Ansicht, s. Danz zu Runde Bd. VI. §. 568., möchte als die consequentere wohl vorzuziehen seyn; s. Runde a. a. O., Gengler a. a. O. S. 858. Die erstere hat das bayerische Landrecht angenommen; s. Kreittmayr ad Cod. Max. P. III. Cap. XI. §. 1. no. 7.

Zu 4) Gegenstände der Ehepacten sind:

a) das Heirathsgut, worunter man Alles versteht, was bei einer Ehe von der Frau oder wegen derselben von einem Andern durch ein besonderes Rechtsgeschäft in das Vermögen des Ehemannes zu dem Zweck übertragen wird, um dadurch die ehelichen Lasten zu erleichtern; l. 56. §. 1. l. 76. D. 23. 3. — l. 20. C. 5. 12.

   Instructus muliebris, oder ein Inbegriff von beweglichen Sachen zur Einrichtung der Haushaltung, pflegt einen Theil des Heirathsguts auszumachen, oder dieses allein zu bilden, weshalb er nach den Regeln der dos beurtheilt wird und auch dieselben Vorzüge genießt; Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. Bd. II. §. 517. not. c., Eichhorn a. a. O. §. 302., Pufendorf Obs. jur. univ. T. I. Obs. 206. §. 14., Struben rechtl. Bedenken Thl. I. no. 53.

b) donatio propter nuptias. Es wird dabei dotis constitutio vorausgesetzt, um als Aequivalent gelten zu können; Nov. 2. c. 5. Nov. 91. c. 2., Glück Thl. XXV. S. 293., Warnkönig im

Archiv f. d. civil. Praxis Bd. XIII. S. 2., ferner: daß der Mann nach getrennter Ehe die dos lucrire; l. 20. C. de donat. propt. nupt. — Sie darf auch aus gleichem Grund die Größe der dos nicht übersteigen; Nov. 22. c. 20. Nov. 97. c. 1. u. 2., Glück Thl. XXV S. 293. u. 314. Ueber die Bedeutung der Worte: ut aequalia dentur in Nov. 97. c. 1. u. 2., sowie überhaupt die verschiedenen in Ansehung der ganzen Materie sich kreuzenden Meinungen, s. nächst Warnkönig a. a. O., auch Burchardi im civilist. Archiv Bd. IX. S. 197. und Löhr ebend. Bd. XV. S. 431. Bd. XVI. S. 1., v. Vangerow Pandecten Bd. I. §. 222. S. 475. der VI. Aufl. — Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. §. 528. — Mühlenbruch Doctr. Pand. §. 277.

c) Die Morgengabe, als regelmäßiges Reichniß nur bei zum ersten Mal verheiratheten Frauen, zuweilen aber auch bei einer sich wieder vermählenden Wittwe vorkommend, und da auch Abendgabe genannt, s. Gengler a. a. O. S. 934., beruht auf deutscher Sitte, nach welcher der Mann seine Neuvermählte des Morgens, oder da er mit ihr zu Tische ging, mit einem Geschenk erfreute, welches durch die Uebergabe sogleich ihr Eigenthum wurde und nach seinem Tod verblieb, wenn es aber nur versprochen war, von den Erben des Mannes prästirt werden mußte, s. Eichhorn deutsch. Privatr. §. 303.

d) Auch im Leibgeding und Witthum drückt sich Fürsorge des Mannes für seine Frau auf den Fall seines Vorabsterbens aus. Das Leibgeding war ursprünglich ein lebenslänglicher Nießbrauch, welcher vor oder nach Eingehung der Ehe der Frau für ihren Wittwenstand zugesichert wurde, und hieß dotalitium, wenn die Rente im Verhältniß und in Verbindung mit der dos gegeben ward, vidualitium aber, wenn die Rente von dem Heirathsgut unabhängig constituirt war.

Die Entstehung des dotalitium hatte ursprünglich beim Adel den Grund, daß die dos keine Zurückforderung von der Frauen Seite unterliegen, sondern der Verwendung in die Güter des Mannes verbleiben sollte, woraus nothwendig die Sorge für eine Vergütung entsprang, welche die Frau im Leibgedinge fand, welches in zweifachen, und wo eine Widerlage verschrieben war, in vierfachen Zinsen des Heirathsguts bestand; Mittermaier's Grundsf. d. deutsch. Privatr. §. 345. — Durch den Einfluß des römischen Rechts entstand endlich die contrados, bestehend in einer ge-

bräuchlich der dos gleichen Summe, welche der Wittwe nach dem Tode des Mannes neben der dos selbst zu entrichten war; donatio propter nuptias.

Da das Leibgeding Surrogat der dos ist, so sind ihm auch wohl nicht die gleichen Privilegien abzusprechen; Eichhorn a. a. O. §. 305. Beide Arten der Wittwenversorgung, welche hauptsächlich nur unter dem Adel vorkommen, können erlöschen durch Verzicht der Wittwe, durch Ehebruch und durch unkeusches Leben im Wittwenstand, — durch grobe Verbrechen, s. Hofacker Princ. jur. civ. T. I. §. 491., Hartitzsch Eherecht §. 368., und durch den Tod der Wittwe; daß das Witthum auch wegen bloßen Mißbrauchs desselben eingezogen werden könne, wie Hofacker a. a. O. statuirt, möchte sich kaum begründen lassen; s. Hartitzsch a. a. O., Hofmann Eherecht §. 104. S. 353., Pestel Diss. de dotalitio ob abusum non tollendo, Rint. 1741.

Zu 5) Dem Mann steht die praesumtio Muciana zur Seite, l. 51. D. 24. 1. — l. 6. C. 5. 16., immerhin wird die Frau, welche Sachen als die ihrigen anspricht, zu beweisen haben, daß sie dieselben entweder eingebracht oder während der Ehe auf anständige Weise erworben habe; s. Schweppe röm. Privatr. Bd. IV. §. 699., Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. III. §. 519., Emminghaus sächs. Pand. S. 343. no. 49. Sintenis Civilr. Bd. III. §. 135. Anm. 36. Schwieriger wird jedoch die Frage, wenn ein lediger Mann sich mit einer haussässigen Wittwe verehelicht. Man kann dann wohl nicht, wie Mevius P. V. Dec. 359. no. 9. dafür hält, die umgekehrte Präsumtion statuiren, aber es wird dann jeden Theil gleiche Beweislast treffen, und die Sachen, bei welchen es am Beweis gebricht, wären für gemeinschaftliche zu achten; Leyser Vol. V. Sp. 318. Med. 6. Glück Thl. XXVI. S. 219. hält dafür, daß der Fall, wenn der Mann zu einer haussässigen Frauensperson einheirathet, nur dann eine Ausnahme von der für das maritalische Vermögen streitenden Mucianischen Präsumtion begründen könne, wenn der Mann notorisch ohne alles Vermögen, die Frau aber begütert war. Leyser Sp. 318. Med. 2. räumt ein, daß die Mucianische Präsumtion auch per argumenta leviora et verisimiles conjecturas elidirt werden könne. Die praes. Muciana ändert auch nichts an dem Grundsatze, daß Alles, was die Frau während der Ehe (außer operis officialibus s. domesticis) erwirbt, ihr Eigenthum wird, gerade so, wie wenn sie unverheirathet wäre; Glück a. a. O. S. 309., Puchta Pand. §. 413. Jene

Präsumtion bedeutet nur, daß im Fall, wo die Frau über die Quelle eines Erwerbes sich nicht ausweisen kann, Schenkung des Mannes angenommen wird. Dasselbe gilt, wenn sie mittelst Vermögens des Mannes erworben hat, l. 6. C. 4. 50. Dagegen spricht l. 31. D. 24. 1. von dem Erwerb aus operis officialibus, s. Duchesne in der sächs. Zeitschrift f. Rechtspfl. N. F. Bd. IX. S. 495. Gegen eine zu weit ausgedehnte Wirksamkeit der praes. Muciana hat das O.=A.=G. in Jena (s. Elvers jur. Zeitg. v. J. 1829. S. 195.) folgendermaßen entschieden. Der Erbe des A. klagte gegen dessen Wittwe auf Ersatz von 500 Thlrn., weil sie für so viel Grundstücke gekauft, und er leugnen müsse, daß sie solche mit eigenem Gelde bezahlt habe. Die praes. Muc. unterstützt diesen Anspruch nicht hinlänglich. Sie setzt voraus, daß das Object, bei welchem man darüber, ob es dem Mann gehöre, oder doch von ihm auf die Frau übertragen sey, zweifelt, entweder in der Gewahrsame des Mannes angetroffen werde, oder doch wenigstens zuvor von demselben besessen worden sey; denn ohne die Voraussetzung würde l. 54. D. 50. 17. die gesetzliche Vermuthung sofort widerlegen; Weber v. d. Beweisführung S. 143. Kläger behauptet nicht, daß A. die Bezahlung der Kaufgelder verrichtet oder sonst besorgt habe; eben so wenig, daß die Frau des A. jene Bezahlung selbst vorgenommen, oder dazu Geld hergegeben habe. Es läßt sich denken, daß ein Dritter, Darleiher, oder Geschäftsführer die Zahlung geleistet, mithin dazu Geld verwendet worden sey, das niemals in den Händen des A. oder seiner Ehefrau gewesen. Zudem führt Kläger selbst an, die Ehefrau habe während der Ehe ihr gehörige Grundstücke verkauft. Damit konnte sie sich jedenfalls Credit verschaffen, mittelst dessen sie im Stande war, die neu angekauften Ländereien zu bezahlen, ohne Verdacht eines turpis quaestus, den die praes. Muc. abwenden will; Merenda Controv. III. 16. c. 11. [Ueber Nichtanwendbarkeit der Präsumtion bei längerem nach dem Tode des Mannes fortgesetztem Besitze der Wittwe s. Erkenntn. des O.=A.=G. Celle in Seuffert's Archiv Bd. IX. No. 298.]

Zu 6) Nach den Gesetzen des Orts der ehelichen Niederlassung richtet sich der eheliche Güterstand, ohne Rücksicht darauf, wo die Güter liegen, oder wo die Ehestiftung errichtet worden ist; l. 65. D. 5. 1. — Glück Thl. XXV. §. 1240. S. 269., Wächter im Archiv für die civil. Praxis Bd. XXV. S. 47., und bleibt in der ursprünglichen Wirksamkeit, auch wenn die Ehegatten später an einen andern Ort ziehen, wo der eheliche Güterstand anders geordnet ist. Die hierüber lange bestandene Controverse kann nach dem, was oben Kap. I.

§. 2. von der örtlichen Begrenzung der Gesetze VII. S. 81. ff. bemerkt worden ist, nun wohl für erledigt angenommen werden. Sintenis Civilr. Bd. III. §. 131. Anm. 9.

Zu 7) Daß das für die eingegangene Ehe einmal begründete eheliche Güterrecht blos durch Veränderung des Wohnorts der Ehegatten in ihren Verhältnissen unter sich und bezüglich ihrer Erben keiner Veränderung unterliege, ist wohl keinem gegründeten Zweifel unterworfen, aber im Verhältniß zu Dritten, namentlich zu den Gläubigern des neuen Wohnungs- und Gerichtsstandes, scheint eine Exemtion des übergezogenen Ehepaars von dessen Gesetzen bedenklicher. Hier scheint die öffentliche Bekanntmachung der Beibehaltung des ursprünglich begründeten ehelichen Güterrechts nothwendig, s. Phillip's deutsch. Privatr. §. 137., und in manchen Gesetzgebungen ist sie auch ausdrücklich vorgeschrieben, s. preuß. Landr. II. Tit. I. §. 353—355., Verordn. des Herzogthums Oldenburg vom 23. December 1833. §. 7. Nicht für nothwendig erachtet sie gleichwohl Wächter im civilist. Archiv Bd. XXV. S. 56. So auch Funke ebend. Bd. XXI. S. 372. 2c. §. 7—10.

Zu 8) In diesem Fall kann zwar die Aufhebung der ehelichen Gütergemeinschaft durch gegenseitige Einwilligung der Ehegatten, so viel es ihr eigenes gegenseitiges Interesse betrifft, unbedenklich stattfinden, es darf aber dadurch früheren Gläubigern kein Präjudiz erwachsen, und erfordert überhaupt, damit sie gegen Dritte wirke, öffentliche Bekanntmachung am Wohnorte der Eheleute; s. Gengler deutsch. Privatr. §. 1081. — Eichhorn d. Privatr. §. 307.

Zu 9) Diese Frage wird bejahet von Hartitzsch im Eherecht §. 280., Mittermaier im deutsch. Privatr. §. 350., Breuning Diss. an in communione bonorum inter conjuges universali bona alibi sita fiant communia. Lips. 1771. Vergl. indessen oben Kap. I. §. 6. von örtlicher Begrenzung der Gesetze S. 92. ff.

Zu 10) Scherer in der verworrenen Lehre der ehelichen Gütergemeinschaft Thl. II. §. 214. rechnet es wohl auch zur ehelichen Gewinnung, wenn das Vermögen durch Glücksfälle einen Zuwachs erhält; allein man sieht leicht ein, daß er dabei mit seinem eigenen Begriff von ehelicher Gewinnung in Widerspruch geräth. Es ist allgemein angenommen, daß nur dasjenige, was durch beiderseitigen Fleiß errungen und erspart worden ist, die eheliche Gewinnung bildet, l. 8. D. 17. 2. quaestus intelligitur, qui ex opera cujusque descendit; der Gewinn eines Lotterieloofes ist aber eine accessio, welche dem Eigenthum zuwächst, wozu der Ankunftstitel schon vor der Ehe gegeben

war, s. Danz Handb. d. deutsch. Privatr. Bd. VII. §. 610. b. S. 30., Hoffmann Diss. de lucro societ. conjug. Cap. IV. §. 8., Hofmann Eherecht S. 257., Beck de juribus foeminarum Cap. III. §. 12., Titii Erbfälle S. 129. Der Begriff von Errungenschaft schließt aus, was der bloße Zufall gegeben hat, demnach auch was ein Theil geschenkt erhalten. So wurde dem Mann der begehrte Antheil an 300 Rthlrn., welche die Frau wegen Brandunglücks an milden Beiträgen durch Einsammeln zusammengebracht hatte, abgesprochen; s. Püttmann Advers. jur. Lib. II. pag. 154. Vergl. Seuffert's Archiv Bd. X. No. 59.

Einen eigenthümlichen Fall, da der Ehemann ein Lotterieloos gekauft, die Frau aber nach seinem Tode aus dem Ihrigen bezahlt hat, entschied das O.=A.=G. in Cassel dahin, daß der darauf gefallene Gewinn von der Frau mit den Kindern als ein gemeinschaftlicher Gewinn zu theilen sey, weil ihr verstorbener Mann seine Hoffnung auf den Gewinn auf seine Erben transmittirt habe; s. Pfeiffer neue Samml. bemerkenswerther Entscheid. d. O.=A.=G. in Cassel Bd. I. S. 163.

Während der Ehe kann Zurückgabe des Eingebrachten auf giltige und unwiderrufliche Weise nur aus einem der in den Gesetzen ausnahmsweise zugelassenen Gründe geschehen; l. un. C. 5. 19. Nov. 22. c. 39. Bei dieser der Schenkung unter Eheleuten gleich geachteten ungiltigen Rückgabe findet Reue auf Seite des Ehemannes statt, s. Erkenntn. d. O.=A.=G. in Jena, in Emminghaus S. Pand. S. 336. no. 22.

Zu 11) Hierüber sind folgende Präjudizien zu beachten: Die vorliegende Frage wurde von dem herzogl. nassauischen O.=A.=G. zu Wiesbaden bejahend entschieden, wofern nicht bewiesen würde, daß der Passivreceß zu andern als ehelichen Zwecken verwendet worden sey; denn die Vermuthung streite im Fall der Entwendung des Fehlenden für die Verwendung in den ehelichen Nutzen; sei aber der Passivreceß durch Dienstesversehen entstanden, so müsse man annehmen, daß, sowie der Ehemann sich den Schaden und Verlust, welchen die Frau in ihrem Haushaltungsberuf verschuldet, gefallen lassen muß, nichts billiger sey, als daß die Frau ein Versehen des Ehemannes in seinem Dienstgeschäft mittragen helfe; s. v. d. Nahmer Samml. Bd. I. S. 331. Daß der Satz: das Vermögen der in allgemeiner Gütergemeinschaft lebenden Ehefrau hafte — wo nicht durch Particulargesetze Ausnahmen oder Modificationen ausdrücklich gemacht sind — für jede vom Manne contrahirte Schuld, wenn die Ehefrau gleich nicht in dieselbe eingewilligt hat, auch auf Bürgschaftsschulden An=

wendung finde, ist vom O.=A.=G. in München gegen abweichende Meinungen Einiger z. B. Danz Handb. d. d. Privatr. Bd. VI. §. 412. 413., Scherer ehel. G. G. Thl. I. S. 139. sanctionirt worden; s. Seuffert's Bl. f. Rechtsanw. Bd. VII. S. 314.

Zu 12) Gegen die von Kind in quaest. for. Ed. II. T. III. c. 111. aufgestellte Behauptung, daß der Gläubiger desfalls die Wahl habe, entweder die Ehefrau oder den Ehemann zu belangen, hat das ehem. sächs. App.=Ger. entschieden, daß die Ehefrau hinsichtlich der hauswirthschaftlichen Geschäfte, welche der Ehefrau rechtlicher Vermuthung nach zukommen, anspruchsfrei sey, weil sie in Geschäften der Haushaltung nur als Verwalterin des Mannes betrachtet werde und sich für diesen gegen einen Dritten nicht verbindlich machen dürfe; s. Kori Erörter. Thl. II. S. 107. Unter die Categorie solcher hauswirthschaftlicher Geschäfte hat dieses Justizcollegium das Miethen weiblichen Gesindes, den Einkauf von Schmuck= und Putzsachen, für die Ehefrau selbst oder für die Kinder, soweit dieser Aufwand nicht die Grenzen des dem Ehemanne obliegenden standesmäßigen Unterhalts der Familie überstieg, ingleichen die Uebernahme eines bereits vom Ehemanne selbst gemietheten Logis mit Möbeln durch die Ehefrau, weil die Prüfung der Möbeln mehr Sache der Frau, als des Mannes ist, gerechnet; Kori a. a. O.

Wie aber, wenn eine Ehefrau, welche bona receptitia hat, dergleichen Geschäfte einging? Daß sie, so weit ihre Receptitien reichen, sich eben so selbständig verpflichten und Schulden contrahiren kann, wie ein unverehelichtes Frauenzimmer, leidet keinen Zweifel. Hat sie aber dann doch auch die Vermuthung für sich, daß sie bei dergleichen Einkäufen nur im Namen des Ehemannes contrahire? Das O.=A.=G. in Dresden urtheilte, daß in jedem gegebenen Fall die näheren Umstände zu prüfen seyen, welche diese Vermuthung entweder unterstützen oder entkräften.

Der Vorbehalt des eheweiblichen Vermögens zur freien Disposition geschieht nämlich nicht blos zur Sicherung dieses Vermögens, sondern gewöhnlich auch in der Absicht, außer demjenigen, was die Frau vom Ehemann erhält, noch Mittel zur freien Verfügung zu haben, durch welche sie, unabhängig von der Geneigtheit oder Zahlungsfähigkeit ihres Mannes, nach eigener Wahl Ausgaben bestreiten und Wünsche befriedigen könne. Dergleichen Wünsche können entweder auf Erhöhung des Lebensgenusses für die Gattin selbst, oder auch auf die Fähigkeit gerichtet seyn, ihren Angehörigen durch Geschenke und andere Aufmerksamkeiten Beweise ihrer Zuneigung zu

geben. Kann man daher einer solchen Frau die Fähigkeit nicht absprechen, durch Einkauf von Gegenständen, welche sie für sich oder Andere verwenden will, Verpflichtungen einzugehen, und kann man doch auch im Verhältniß des gewöhnlichen Verkehrs dem Verkäufer nicht zumuthen, daß er sich einer ausdrücklichen Erklärung der Käuferin, daß sie für sich selbst kaufe, versichern müsse, oder daß er bestimmt erklären müsse, nicht ihrem Manne, sondern ihr selbst creditiren zu wollen, so bleibt nichts übrig, als der Vermuthung, daß sie nur im Namen ihres Ehemannes handle, nur dann Statt zu geben, wenn aus den Umständen offenbar ist, daß die erkauften Gegenstände für die laufenden Bedürfnisse der Person des Mannes, oder des gemeinschaftlichen Haushalts, für welchen dieser die Mittel herzugeben hat, bestimmt seyen. Dagegen fällt die Vermuthung weg, wenn es andere Sachen, z. B. weibliche Kleidungsstücke, oder sonst Ausgaben betrifft, welche eine Frau von ihren Receptitien oder Nadelgeldern zu bestreiten pflegt. Eben so fällt die Vermuthung hinweg, wenn eine Frau getrennt von ihrem Manne lebt, welcher sich nicht um ihren Unterhalt bekümmert, oder ihr Alimente in Geld gibt, wofür sie sich die nöthigen Bedürfnisse anzuschaffen hat; s. Wochenbl. f. merkw. Rechtsfälle 1851. no. 56.

---

§. 57.

B. Von Schenkungen unter Ehegatten.

Dig. XXIV. 1. Cod. V. 16. de donat. inter vir. et uxor.

1) Erlangt der gegen das gesetzliche Verbot beschenkte Ehegatte den Civilbesitz an der geschenkten Sache?
2) Sind alle Schenkungen unter Eheleuten schlechterdings verboten, oder welche sind vom Verbot ausgenommen?
3) Gilt das Verbot auch gegen remuneratorische Schenkungen?
3a) Ist das Verbot auch dann anwendbar, wenn die Eheleute sich gegenseitig beschenkt haben?
4) Wenn die Ehe ungiltig ist, sind die Schenkungen auch dann wirkungslos?
5) Ist das Verbot auch dann anwendbar, wenn das Geschenk schon vor der Ehe versprochen, wenn gleich erst in der Ehe vollzogen worden ist?

6) Kann eine an sich ungiltige Schenkung convalesciren, und unter welchen Umständen?
7) Unter welchen Umständen kann auch der Erbe des Schenkers die unzulässige Schenkung seines Erblassers noch widerrufen?
8) Wann kann ein Widerruf als stillschweigend geschehen angenommen werden?
9) Wenn der Ehemann seiner Frau mehrere Sachen geschenkt, in der Folge aber diese ihr zum Theil legirt hat, ist dadurch die Schenkung der übrigen nicht in das Legat aufgenommenen Stücke für widerrufen zu achten?
10) Was ist dem Richter für eine Entscheidungsnorm gegeben, wenn es zweifelhaft bleibt, ob der Widerruf wirklich stattgehabt habe, oder nicht?
11) Bleibt eine Schenkung auf den Todesfall auch nach erfolgter richterlicher Ehetrennung giltig und wirksam?
12) Wenn der Schenker zwar bis an seinen Tod nicht widerrufen hat, der Beschenkte aber vor dem Schenker gestorben ist, kann dann der Erbe des Beschenkten das Geschenk noch in Anspruch nehmen?
13) In Erwägung, daß eine ungiltige Schenkung unter Ehegatten alsdann, und zwar ohne Unterschied, ob sie durch Tradition, oder durch einen obligatorischen Vertrag perficirt worden ist, s. Heimbach im Rechtslex. Bd. IX. S. 697., zu Kräften kommt, wenn der Schenker stirbt, ohne sie widerrufen zu haben, entsteht die Frage, wie es dann zu halten ist, wenn es ungewiß ist, ob der Schenker oder der Beschenkte zuerst gestorben ist?
14) Wie ist es dann zu halten, wenn der Schenker und Beschenkte gleichzeitig gestorben sind?
15) Kann auch der Fiscus in Fällen der Vermögensconfiscation die Revocation einer von dem der Confiscation unterliegenden Ehegatten dem andern gemachten ungiltigen Schenkung ausüben?
16) Was ist bei einer gegenseitigen Schenkung der Ehegatten Rechtens in Ansehung der Compensation oder Zurückforderung, wenn die Ehe durch Scheidung oder Todesfall aufgelöst wird? und insbesondere
17) wenn beide Ehegatten gleichzeitig sterben?

18) Macht die eidliche Bekräftigung eine ungiltige Schenkung unter Ehegatten verbindend?
19) Wofür gilt die Vermuthung, wenn an einem Geschäft die Eigenschaft einer Schenkung des Ehegatten zweifelhaft ist?
20) Was ist bei Scheingeschäften Rechtens, hinter welchen eine ungiltige Schenkung versteckt ist?
21) Was ist Rechtens, wenn ein Geschäft theilweise eine verbotene Schenkung, theilweise aber eine giltige Disposition, z. B. einen Kauf enthält? insbesondere, wenn sich Eines vom Andern nicht wohl trennen läßt?
22) Kann eine ungiltige Schenkung unter Ehegatten durch Verjährung dem Widerruf entzogen werden?
23) Wenn ein Gatte dem andern in der Art schenkt, daß er, was Letzterer einem Dritten schuldig ist, für ihn bezahlt, kann er dann gegen den Gläubiger auf Zurückzahlung dringen?
24) Wenn zu einer Schenkung unter Ehegatten Rechtsgeschäfte mit fremden Personen gebraucht werden, sind auch diese ungiltig?
25) Sind in dem Schenkungsverbot auch die Kinder der Ehegatten und andere Blutsfreunde begriffen?
26) Was für Rechtsmittel sind gegeben, um die ungiltige Schenkung wieder ungeschehen zu machen?
27) Kann auch die Vindication auf eine, mit geschenktem Geld vom Beschenkten erkaufte Sache gerichtet werden?
28) Kann sich der Beschenkte durch Ersatz des Werths von Zurückgabe des Geschenks frei machen?
29) Geht die Revocationsklage auch auf Früchte und Zinsen, sowie auf Ersatz desjenigen, was an den geschenkten Sachen zu Grunde oder verloren gegangen ist?
30) Wenn ein Ehegatte dem andern eine Geldsumme geschenkt, dieser dafür eineSache gekauft hat, welche aber hernach untergegangen ist, findet dann noch eine Zurückforderung des geschenkten Geldes statt?
31) Können, wenn über das Vermögen des Schenkers Concurs ausgebrochen ist, auch dessen Gläubiger jederzeit die unter Ehegatten gemachte Schenkung anfechten?
32) Hat der widerrufende Schenker ein Absonderungsrecht auf die vom Beschenkten mit dem geschenkten Geld gekauften Sachen?
33) Wer muß den Beweis der geschehenen Schenkung bei der Revocation führen?

34) Von wem und wie muß der Beweis der Bereicherung des Donatars geführt werden?
35) Wird eine unter Ehegatten auf den Todesfall gemachte Schenkung durch den Tod des Schenkers rückwärts giltig?
36) Trifft die unter Eheleuten vorgegangene donatio mortis causa auch der Abzug der falcidischen Quart?
37) Wenn die donatio mortis causa durch eine persona interposita, und zwar in der Art geschieht, daß diese selbst donataria wird, und nach Bezug der ihr bestimmten Vortheile dem beschenkten Ehegatten auszuliefern hat, und diese persona interposita stirbt vor dem Schenker, hat aber dem Ehegatten das auf den Todesfall ihm bestimmte Geschenk übergeben, ist dann der Schenkungsvollzug giltig?
38) Wenn die Mittelsperson blos auftragsweise bestellt war, und die von der schenkenden Ehefrau zur Tradition an den auf den Todesfall beschenkten Mann empfangene Sache nach dem Tod der Schenkerin dem Mann übergeben hat, haben dann die Erben der Frau diesen Schenkungsvollzug als giltig anzuerkennen?

Zu 1) Nach neueren gründlichen Erläuterungen der Gesetzesstellen l. 1. §. 9. u. 10. D. 43. 16. und l. 26. pr. D. 24. 1., vergl. mit l. 1. §. 4. D. de acquir. poss. l. 1. §. 2. D. pro donato kann ihm nur possessio ad interdicta, aber ohne Usucapion zugeschrieben werden; s. v. Vangerow Pandecten Bd. I. §. 199. S. 402. der VI. Aufl., v. Savigny System Bd. IV. §. 263., Glück Thl. XXVI. S. 178.

Zu 2) Vom Verbot ausgenommen sind:

a) die Schenkungen zwischen dem Regenten und seiner Gemahlin; l. 26. C. 5. 16.
b) Schenkungen auf den Todesfall; l. 9. §. 2. l. 10. D. 24. 1.
c) Schenkungen an Kleinigkeiten; l. 7. §. 1. l. 28. §. 2. l. 31. §. 8. u. 9. D. 24. 1.
d) Schenkungen zum Alimentenbedarf; l. 15. pr. l. 21. pr. D. 24. 1.
e) Schenkungen, deren Folgen auch dem Schenker zu Gute kommen; l. 31. §. 10. D. 24. 1., insbesondere Schenkungen der Frau zur Erlangung gewisser Ehrenrechte für den Mann; Ulpian VII. §. 1. — l. 40 — 42. D. 24. 1., so auch
f) Schenkungen, welche von einem Ehegatten dem andern zum Besten

einer dritten Person gemacht werden, und wobei der Ehegatte blos als Mittelsperson erscheint; l. 34. l. 49. D. 24. 1.

g) Schenkungen, wodurch der Schenker entweder nicht ärmer, oder doch der Beschenkte nicht reicher wird; l. 5. §. 8—12. l. 31. §. 7. l. 67. D. 24. 1. — Vergl. auch l. 5. §. 17. l. 34. l. 49. D. 24. 1. und l. 40. D. eod. l. 21. C. 5. 16. — wie z. B. Zahlung einer wirklichen Schuld, jedoch bevor sie fällig wurde, oder Begebung des auf die Sache des Andern zuständigen Pfandrechts; l. 11. C. 4. 29. — Hartitzsch Eherecht §. 207. rc., Sintenis Civilr. Bd. III. §. 135. Anm. 14.; daher auch das bloße Ausschlagen eines Gewinnes zum Besten des andern Gatten; l. 25. l. 31. §. 7. D. 24. 1., wenn der Mann eine ihm angefallene Erbschaft oder ein Legat ausschlägt, um jene seiner Frau als Substitutin zu verschaffen, oder wenn sie eingesetzte Erbin ist, von der Last des Legats zu befreien; Glück Thl. XXVI. S. 7., wenn der Mann seiner Frau Geld gibt, um sich damit überflüssige Dinge anzuschaffen, die keinen Nutzen gewähren; denn da sagt die l. 7. §. 1. D. 24. 1. auch: uxor non est locupletior, quae tantundem in re mortua, i. e. inutili et tantum ad perditionem spectanda, impendit, oder wenn der Mann seiner Frau eine fremde Sache schenkt, die er selbst nicht usucapiren konnte; l. 25. D. 24. 1. — Glück Thl. XXVI. S. 39. §. 1253. b.; s. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 381. (56.), wogegen jedoch aus l. 3. §. 13. l. 4. l. 56. D. 24. 1. Zweifel geschöpft werden;

h) die Schenkung zur Wiederherstellung eines untergegangenen Gebäudes; l. 14. D. 24. 1.

i) Schenkungen aus Anlaß der Verbannung oder Deportation des Ehegatten l. 13. §. 1. l. 43. D. 24. 1., welche der donatio divortii causa gleichgeachtet werden; Glück Thl. XXVI. S. 77.

k) Schenkungen, welche erst zur Zeit der Scheidung oder divortii causa gemacht werden; l. 11. §. 11. l. 12. D. 24. 1. — Mehreres s. Glück Thl. XXVI. S. 72. — l. 60. §. 1. l. 62. D. eod. Im letzteren Fall wird natürlich vorausgesetzt, daß der Tod nicht schon der Scheidung zuvorkam; l. 13. pr. D. 24. 1. Diese auf der bei den Römern zulässigen Willkür bei Ehescheidungen beruhende Bestimmung fällt aber h. z. T. nach den Grundsätzen des protestantischen, wie des katholischen Kirchenrechts weg; s. Heimbach sen. im Rechtslex. Bd. IX. S. 686.

Zu 3) Mehrere rechnen auch remuneratorische Schenkungen zu

den Ausnahmen, mit der Einschränkung jedoch, daß diese Qualität nicht blos durch den Inhalt der Schenkungsurkunde, sondern durch andere Beweismittel darzuthun sey; Leyser Vol. VI. Sp. 436. M. 2., Schweppe röm. Privatr. Bd. IV. S. 197., Thibaut P.-R. §. 329. (8. Ausg.), Hartitzsch Eherecht §. 206., s. dagegen v. Wening-Ingenheim Lehrb. d. gem. Civilr. Bd. III. §. 381. (56.), Mühlenbruch Doctr. Pand. T. III. §. 445., Meyerfeld Lehre v. d. Schenkungen Thl. I. §. 19., v. Savigny System Bd. IV. S. 88. Die Verschiedenheit der Meinungen hat ihren Grund nur in der verschiedenen Auffassung des Begriffs von remuneratorischen Schenkungen. Legt man einer Dienstleistung die stillschweigende Voraussetzung einer Belohnung unter, s. l. 27. D. 39. 5. (conventio tacita), so ist es keine eigentliche Schenkung mehr, außerdem aber (und dies ist bei Schenkungen unter Eheleuten, unter welchen nur pflichtmäßige oder Liebesdienste denkbar sind, der Fall) unterscheidet sich die remuneratorische nicht von jeder andern Schenkung mehr, muß also eben so gut dem Verbot subsumirt werden; Glück Thl. XXVI. S. 199.; das Nämliche gilt auch in Ansehung des Erfordernisses der gerichtlichen Insinuation der die gesetzliche Summe übersteigenden Schenkungen, s. Glück a. a. O. S. 210., sofern sie nicht durch ein Testament bestätigt sind, welches aber diesfalls keine rückwirkende Kraft hat. Nur die Irrevocabilität eines Geschenks für die Rettung des Lebens macht eine Ausnahme; l. 34. §. 1. D. 39. 5. — Paul. V. 11. §. 6.

Zu 3 a) Gegenseitige Geschenke sind entweder von gleichem oder ungleichem Werth. Im letzteren Fall findet ohne Zweifel wegen der Bereicherung des andern Gatten Widerruf statt; l. 32. §. 9. D. 24. 1. Im ersteren Fall hat die Frage wohl nur dann practisches Interesse, wenn ein Theil das erhaltene Geschenk consumirt, der andere es conservirt hat; l. 7. §. 2. D. 24. 1. sagt: wenn ein Mann und seine Ehefrau sich gegenseitig 5 geschenkt haben, der Ehemann es aufgehoben, die Ehefrau aber verbraucht habe, so finde Compensation statt. Auch l. 67. D. 24. 1. gibt ein Beispiel gegenseitig sich aufhebender, folglich außer dem Verbot bleibender Geschenke. Im Fall einer Trennung der Ehe aber kommt es darauf an, ob die Ehe durch den Tod oder durch Ehescheidung aufgelöst wird. Im ersteren Fall kann der Ueberlebende das Gegebene zurückfordern, wenn er gleich das Empfangene nicht restituiren kann, indem er es verzehrt hat, und der Erbe des verstorbenen Ehegatten kann ihm nicht Compensation entgegensetzen. Im Scheidungsfall hingegen findet Compensation statt; l. 32. §. 9. D. 24. 1. — Glück Thl. XXVI. S. 195.; s. unten no. 16. In

allen einschlagenden Gesetzesstellen ist nämlich das Schenkungsverbot auf die Voraussetzung einer durch die Schenkung bewirkt bleibenden und zur Zeit, da der Schenker condiciren will, noch vorhandenen Bereicherung begründet, und dahin begrenzt; l. 5. §. 8—12. 18. D. 24. 1. — l. 109. pr. D. de leg. I. (30.) — l. 22. C. 5. 16. — l. 28. pr. D. 24. 1. — l. 7. pr. l. 28. pr. l. 32. §. 9. D. 24. 1. — l. 8. l. 17. C. 5. 16. [Gegen v. Savigny System a. a. O. S. 180. vergl. Sintenis Civilr. Bd. III. §. 135. Anm. 23.]

Zu 4) Hier ist zu unterscheiden: entweder war der Begriff einer Ehe gar nicht einmal gegeben, wie z. B. wegen noch nicht eingetretener Mannbarkeit, dann konnte auch das Schenkungsverbot nicht Platz greifen; l. 65. D. 24. 1. — oder sie war einem gesetzlichen Verbot zuwider geschlossen; dann galt das Schenkungsverbot gleichwohl, weil die Gesetze nicht mehr Recht in einer unrechtmäßigen Ehe stattfinden lassen wollten, als unter gesetzmäßigen Ehegatten, denen die Freiheit der Schenkung bekanntlich entzogen war; l. 3. §. 1. D. 24. 1. Kannten die Eheleute das Ehehinderniß nicht, war demnach die Ehe eine putative, so wird die Schenkung ohnedies schon aus einem andern Grund unverbindlich, weil sie — ob causam gegeben — aus irriger causa condicirt werden kann; v. Savigny System Bd. IV. S. 167. — Ueberhaupt steht ja die Putativehe in Ansehung der civilrechtlichen Wirkungen der legitimen Ehe gleich; s. Thibaut P.-R. §. 326. (8. Aufl.)

Zu 5) Es ist hier blos der Unterschied in das Auge zu fassen, ob die Schenkung schon vor der Ehe perfect war, oder erst in der Ehe perfect wurde. Nach Vorjustin. Recht mußte man das Letztere dann annehmen, wenn die Tradition erst nach geschlossener Ehe erfolgte; l. 5. pr. l. 32. §. 22. D. 24. 1., denn die Schenkung ohne Tradition war ja damals als pactum nudum nicht klagbar, und die erst in den Zeitraum der Ehe gefallene Vollendung konnte vom Schenkungsverbot nicht eximirt werden, nach Justin. und heutigem Recht aber ist das bloße Schenkungsversprechen schon klagbar, weshalb die römische Distinction, wie Schweppe im röm. Privatr. Bd. IV. S. 186. lehrt, hinwegfallen muß, und eine vor der Ehe durch promissio acceptata perficirte Schenkung giltig bleibt. Puchta Pand. §. 69. c.

Zu 6) Sowie eine donatio mortis causa unbestritten gilt, so kann auch eine unter Lebenden gegebene Schenkung durch den Tod des Schenkers — wenn er sie bei Lebzeiten nicht widerrufen hat — unzweifelhaft convalesciren, l. 32. §. 2. D. 24. 1., und der Erbe kann dem Beschenkten das bereits Empfangene nicht wieder entreißen. Sehr

streitig aber ist, ob auch die blos versprochene Schenkung so viel Gewicht hat, daß im Fall unterbliebenen Widerrufs nun der Erbe auf Herausgabe des versprochenen Geschenks belangt werden kann. Da die Nov. 162. c. 1., welche diese Frage bestimmt bejaht, nicht glossirt ist, und andere Gesetzesstellen unter sich in Widerspruch stehen, insbesondere l. 23. D. 24. 1. mit l. 35. §. 5. C. 8. 54. — l. 2. C. 5. 15. und l. 33. pr. §. 2. D. 24. 1., so glauben Viele, die Frage verneinen zu müssen; s. Thibaut P.=R. §. 328. (Ed. 8.), Braun Dictaten dazu S. 383., Mühlenbruch Doctr. Pand. T. III. §. 544. not. 4., Hofacker Princ. jur. civ. T. I. §. 473. not. d., v. Wening=Ingenheim Lehrb. d. gem. Civilr. Bd. III. §. 381. (56.), Wächter im Archiv f. civilist. Praxis Bd. XVI. S. 7. und Francke ebendaselbst Bd. XVIII. S. 7. not. 20., endlich besonders v. Vangerow Pandecten Bd. I. §. 225. S. 479. der VI. Aufl. Dem ungeachtet ist, wie Glück Thl. XXVI. §. 1257. a. S. 216., während er selbst wenigstens nach älterem Recht die verneinende Meinung für richtiger hält, gleichwohl anerkennt, im neueren Recht die bejahende Meinung durch die Praxis bestätigt, welche gleichfalls gewichtige Autoritäten für sich hat, — s. Löhr im Archiv f. civil. Praxis Bd. XVI. S. 233., Puchta im rhein. Museum Bd. VI. S. 372., ebendenselben im Lehrb. d. Pandecten §. 425., sowie die bei Glück a. a. O. angeführten Rechtslehrer, — und neuerlich durch v. Savigny System Bd. IV. S. 184. und Heimbach im Rechtslex. Bd. IX. S. 695. zur Ueberzeugung erhoben ist. Dafür sprechen besonders l. 32. §. 1. D. 24. 1. in den Worten: pertinet ad *omnes* donationes inter virum et uxorem factas, — *et obligatio sit civilis*, ferner §. 23. ib. et generaliter *universae* donationes, quas impediri diximus, ex oratione valebunt, im Gegensatz der vorhergegangenen Aeußerung Ulpian's, daß alle Schenkungen unter Ehegatten nichtig seyen, sie mögen durch Tradition versucht seyn, oder durch Stipulationen und Acceptilationen, dann die von diesem allgemeinen Grundsatz gleich in der folgenden Gesetzesstelle l. 33. pr. §. 2. D. 24. 1. auf versprochene Jahrgehalte gemachte Anwendung, und die l. 2. C. 5. 15., wonach eine Schenkung des Ehemanns an seine Frau zur Vermehrung ihrer dos durch den ohne Widerruf erfolgten Tod des Schenkenden convalesciren soll, ohne Unterschied, ob Tradition oder nur irgend ein bindendes Rechtsgeschäft stattgefunden hat, wonächst die unglossirte Nov. 162., indem sie sich ausdrücklich auf die l. 35. §. 5. C. 8. 54. bezieht, ut non ex hoc inutilis sit donatio, quod res non traditae sunt — doch wenigstens als eine unverwerfliche Autorität für die gleichmäßige Behandlung einer

Schenkung, diese mag nun durch Tradition, oder durch einen nach neuerem Recht bindenden Vertrag perficirt seyn — gelten kann. [Auch Sintenis pr. Civilr. Bd. III. §. 135. Anm. 41. spricht sich für die von v. Savigny verfochtene Ansicht und dahin aus, daß dies der Praxis entspreche. Ebenso Buchka=Budde Entscheid. des O.=A.=G. Rostock, Bd. II. S. 239. ff. Vergl. auch Schütze in Bekker's Jahrbüchern des gem. deut. R. Bd. III. S. 442—453., woselbst als das Ergebniß einer genauen exegetischen Erörterung aufgestellt wird: jede wirkliche Schenkung unter Ehegatten, auch das Schenkungsversprechen, convalescirt nach der Oratio Severi durch den Tod des Schenkers vor dem Beschenkten; die l. 23. D. 24. 1. widerspreche dem keineswegs, sondern handle vielmehr von dem Falle, wo der Ehemann für einen Schuldner der Frau sponsor geworden.]

Zu 7) Wenn der Schenker sich bei Lebzeiten bestimmt dafür erklärt hat, und nur durch den Tod an der Ausführung seines Entschlusses verhindert worden ist; l. 32. §. 4. D. 24. 1. — Glück Thl. XXVI. §. 1256.

Zu 8) Zufolge solcher Handlungen, aus welchen bei Legaten und Fideicommissen der Widerruf auch stillschweigend oder aus Handlungen gefolgert wird; z. B. Veräußerung der versprochenen Sache, ferner wenn eine große, ja tödtliche Feindschaft unter den Eheleuten entstanden ist, oder der Beschenkte den Schenker um's Leben gebracht hat; l. 3. §. ult. D. 34. 4. — l. 10. §. 1. D. 24. 3. — l. 32. §. 3. §. 10—13. 19. 20. D. 24. 1. — l. 12. C. 5. 16. — Glück Thl. XXVI. S. 174. Ob daraus, daß der Schenker die geschenkte Sache nachher an Jemand verpfändet hat, der Widerruf der Schenkung mit Recht zu schließen sey, ist zweifelhaft; denn l. 32. §. 5. D. 24. 1. und l. 12. C. 5. 16. drücken sich nicht mit vollster Bestimmtheit darüber aus, und die Novelle 162. c. 1. welche die vorgenommene Verpfändung als Widerruf gelten läßt, ist nicht glossirt. Da aber in den Gesetzen die Schenkungen den Legaten und Fideicommissen gleichgestellt sind, und bei Legaten die Vorschrift unstreitig dahin geht, daß sie durch eine Verpfändung nicht als aufgehoben betrachtet werden dürfen, vielmehr der Erbe verbunden ist, die legirte Sache von dem Pfandnexus frei zu machen, um sie dem Legatar übergeben zu können, so hat der Gerichtsbrauch den nämlichen Grundsatz auch bei Schenkungen angenommen; s. Glück Thl. XXVI. S. 170.; vergl. l. 11. §. 12. D. de leg. III. (32.) u. l. 3. C. de legat. — Hofacker Princ. jur. civ. T. I §. 474.

Zu 9) Nein.; s. l. 32. §. 15. D. 24. 1.

Zu 10) Die l. 32. §. 4. D. 24. 1. sagt: si in obscuro sit, proclivior debet esse judex ad comprobandam donationem; damit stimmt es überein, daß auch eine wirklich eingetretene Reue nicht berücksichtigt wird, wenn später Aussöhnung stattfand, sondern nur poenitentia suprema; s. Glück a. a. O. S. 95. u. 165.

Zu 11) Sie wird diesfalls für stillschweigend widerrufen erachtet; l. 11. §. 10. l. 32. §. 10 – 13. l. 19. l. 20. D. 24. 1. — l. 5. l. 18. C. 5. 16. — v. Ende jurist. Ausführung no. V.

Zu 12) Nein; s. l. 6. C. 5. 16. — Die Sache wurde nämlich alsdann so angesehen, als habe der Schenker eine schon früher unter Ehegatten giltig gewesene mortis causa donatio im Sinne gehabt. Diese Bestätigung durch den Tod wurde aber freilich unmöglich, wenn die Trennung der Ehe auf andere Weise als durch des Gebers Tod, z. B. durch den früheren Tod des Schenknehmers oder durch Scheidung erfolgte; s. Heimbach im R.-Lex. Bd. IX. S. 694.

Dagegen wurde zwar in der über unser Werk erschienenen Recension von Buchholz in Schneider's kritisch. Jahrb. v. J. 1844. eingewendet: „in der von uns angeführten Gesetzesstelle l. 6. C. 5. 16. könne unmöglich der Fall zum Grunde liegen, daß der Schenker bis an seinen Tod nicht widerrufen hat, indem der schenkende Gatte noch lebte und an ihn das citirte Rescript ergangen ist.“ Wir haben aber hierauf zu erwidern: Allerdings lebte der schenkende Gatte noch; aber daraus folgt doch nicht, daß das Citat der l. 6. unpassend sey, und es thut gar nichts zur Sache, daß sogar das Rescript an den Gatten gerichtet ist. Im Rescript ist nämlich folgender Fall gesetzt: angenommen, es seyen Sachen, die dir zugehörten, im Namen deiner Ehegattin hinterlegt, so kann dadurch allein dein wirkliches Eigenthumsrecht nicht verändert werden; denn wollte man aus deiner Handlung auf eine Schenkung schließen, die du der Frau mit diesen Sachen gemacht habest, so hindert dies doch dein Eigenthum nicht, weil eine während der Ehe gemachte Schenkung in dem Falle, wenn die Frau, welche die Freigebigkeit empfangen, früher verstirbt, ungiltig ist. — Der Sinn ist also klar und einfach der: eine Schenkung unter Ehegatten convalescirt zwar durch den Tod des Schenkers, mithin konnte auch die deinige convalesciren, wenn du sie bei Lebzeiten nicht widerriefst, aber dadurch konnte doch deine Frau das Eigenthum an den Sachen nicht erwerben, weil sie vor dir gestorben, und in diesem Falle die Schenkung ungiltig ist.

Zu 13) Sie bleibt bei Kräften, weil kein Widerruf vorliegt; l. 32. §. 14. D. 24. 1.

Zu 14) Wenn der frühere Tod Eines von Beiden nicht bewiesen werden kann, so muß man mit l. 26. D. 39. 6. sprechen: neutrius heres repetet, quia neuter alteri supervixit.

Zu 15) Nein; s. l. 24. C. 5. 16. — Ein anderes wäre es, wenn fiscus jure hypothecae die geschenkte Sache in Anspruch nehmen könnte, l. 15. C. 5. 16., dann hängt aber sein Anspruch gar nicht von der Bestätigung der Schenkung durch den Tod des Schenkers ab, und jeder Gläubiger überhaupt kann sein Recht geltend machen, wenn er schon vor der Schenkung eine Hypothek auf der geschenkten Sache hatte; l. 13. l. 15. C. 5. 16.

Zu 16) Sind die gegenseitigen Schenkungen einander im Werthe gleich, so ist die natürliche Folge, daß sie sich gegenseitig aufheben, und dies gilt auch ohne Unterschied, ob der eine Theil das Geschenkte behalten, der andere consumirt hat; l. 7. §. 2. D. 24. 1. Zwischen den Ehegatten selbst findet dies ohne Unterschied statt. Nur in dem Falle, wenn die Ehe bereits aufgehört hat, kommt der Unterschied in Betracht, je nachdem die Ehe durch Scheidung oder durch den Tod getrennt war. Im ersten Fall bleibt es bei der Compensation, im zweiten Fall aber kann der Ueberlebende das Gegebene zurückfordern, wenn er gleich das Empfangene consumirt hat, und die Compensation kann ihm nicht entgegengesetzt werden; s. Glück Thl. XXVI. S. 195. und vorzüglich die Anmerkung 49. zu l. 32. §. 9. D. 24. 1. in der deutschen Uebersetzung des corp. jur. — Sind die gegenseitigen Schenkungen aber ungleich, so ist der Mehrbetrag auf der einen Seite, wodurch der Andere bereichert erscheint, die Zurückforderung der Regel nach unterworfen; l. 32. §. 9. D. 24. 1.

Zu 17) Dann gilt der Tod als Bestätigung ihrer wechselseitigen Schenkungen; l. 32. §. 7. u. 8. D. 24. 1.

Zu 18) Nach canonischem Recht kann sie nicht mehr widerrufen werden, und gilt demnach so weit, als nicht Rechte Dritter durch dieselbe verletzt werden; cap. 28. X. de jurejur. (2. 24.) — cap. 8. X. de donat. inter vir. et uxor. (4. 20.) — cap. 2. de pact. in VIto (1. 18.), was auch in Praxi befolgt wird, wie Glück Thl. XXVI. §. 1257. und Hartitzsch im Eherecht §. 212. unter Anführung mehrerer Autoren bezeugt, obgleich Ersterer seine eigene Meinung eben so wie Wening-Ingenheim im Lehrb. Bd. III. §. 381. (59.) nicht damit vereinigen zu können glaubt. Vergl. oben Allg. Theil, Kap. II. §. 12. Nr. 10. [Auch Sintenis Civilr. Bd. III. §. 135. Anm. 27. erklärt sich gegen die ältere Praxis.]

Zu 19) Es kann hierüber nur so viel gesagt werden, daß die Frau

allemal einen andern Ankunftstitel oder Erwerbsgrund beweisen muß, außerdem angenommen wird, daß sie die Sache von ihrem Manne bekommen habe; l. 51. D. 24. 1. — l. 6. C. 5. 16.

Zu 20) Sie sind nicht minder ungiltig; l. 17. pr. D. 16. 1. — l. 38. D. 18. 1. — l. 5. §. 5—7. l. 49. l. 52. D. 24. 1. — Meyerfeld Lehre von den Schenkungen Bd. I. §. 311.

Zu 21) In der Regel soll nur der giltige, nicht der verbotene Theil des Geschäfts Bestand haben; wenn aber eine Trennung nicht wohl möglich ist, so darf der giltige dem ungiltigen Theile des Geschäfts nicht aufgeopfert werden, sondern es besteht das Ganze; l. 5. §. 2. l. 31. §. 3. D. 24. 1. — Thibaut P.-R. §. 327. (Ed. 8.)

Zu 22) Nein; weder gegen den Schenker, noch gegen eine dritte Person kann ein Verjährungsmittel entstehen; l. 1. §. 2. D. 41. 6. — Thibaut über Besitz und Verjährung II. §. 26.

Zu 23) Nein; er hat nur gegen seinen Ehegatten eine Condiction; l. 7. §. 7. l. 50. D. 24. 1.

Zu 24) Die Nichtigkeit des mit dem Dritten abgeschlossenen Rechtsgeschäfts wird als allgemeiner Grundsatz ausgesprochen in l. 3. §. 12. u. 13., l. 5. §. 2. D. 24. 1., z. B. eine von dem Ehemann, um der Ehefrau zu schenken, bei dem Gläubiger derselben geschehene Expromission ist nichtig; der Mann wird dem Gläubiger nicht verbindlich, die Frau wird nicht liberirt; l. 5. §. 4. D. 24. 1. Wenn der Mann seinen Schuldner beauftragt, seiner Frau zu expromittiren, so tritt weder Befreiung des Schuldners gegen den Mann, noch Verpflichtung desselben gegen die Frau ein; l. 5. §. 3. l. 39. D. 24. 1. Eine Zahlung, welche von dem vom Manne donationes causa delegirten Schuldner an die Frau geleistet wird, ist nichtig, dem Schuldner steht die Vindication des gezahlten noch vorräthigen Geldes und die Condiction des consumirten zu; die Zahlung liberirt ihn gegen den Mann ipso jure eben so wenig als die vorherige Expromission; da er aber mit dem Willen des Mannes gezahlt hat, so steht ihm gegen die Schuldklage desselben die doli exceptio zu; er muß aber dem Manne seine Vindication des gezahlten Gelds cediren, während der Mann die Condiction auch ohne Cession des Schuldners unmittelbar gegen die Frau hat, weil sie um das consumirte (nicht etwa weiter verschenkte oder verschwendete) Geld durch Vermittelung des Mannes bereichert ist; l. 39. D. 24. 1. vergl. auch l. 3. §. 12. 13. l. 4. D. 24. 1. — l. 52. §. 1. D. eod. — l. 17. D. 46. 3. — l. 19. §. 1. D. 12. 1. Von diesen Grundsätzen ist im Wesentlichen nicht abweichend l. 26. pr. D. 24. 1. Es heißt nämlich da: wenn ich dem,

welcher mir eine Sache verkauft hat, aufgegeben haben sollte, sie meiner Ehefrau als Schenkung zu übergeben, und derselbe den Besitz in meinem Namen ihr übergeben haben sollte, so wird er von seiner Verbindlichkeit befreit seyn. Dies hat aber seinen einfachen Grund; denn der Verkäufer konnte die Sache nicht wieder übergeben, weil er sie nicht mehr hatte, die Frau erlangte aber durch die Uebergabe doch keinen Besitz ad usucapionem, welcher den Mann an der ihm gegen sie zustehenden Zurückforderung des ungiltigen Geschenks hätte verhindern können.

Zu 25) Allerdings auch deren Kinder, ausgenommen Hauskinder, die aus einem peculium militare schenken, oder eine Schenkung erhalten, welche dann diese Eigenschaft annimmt; l. 3. §. 4. D. 24. 1. Verboten ist ferner die Schenkung zwischen der Frau und des Mannes Vater, Geschwistern und Sclaven, die Schenkung der Frau an ihre eigenen Kinder, so lange diese noch in des Mannes Gewalt stehen; so auch jede wechselseitige Schenkung unter diesen Personen, so daß also der Vater des Mannes dem Vater seiner Frau nicht schenken kann, und umgekehrt; l. 3. §. 2—6. l. 5. §. 2. l. 32. §. 16. D. 24. 1. — Die Regel ist: alle Personen, mit welchen die Ehegatten in Vermögenseinheit stehen, können einander nicht giltig schenken. Der Mann kann also nicht schenken dem Vater der Frau, wenn sie in dessen Gewalt steht, ihren Geschwistern, die mit ihr in väterlicher Gewalt stehen, nicht ihren Sclaven, und eben so wenig von ihnen Geschenke annehmen, was jedoch im neueren Recht nur theilweise zur Anwendung kommen kann; s. v. Savigny System Bd. IV. S. 172. not. o. Da nämlich diese Ausdehnungen des Schenkungsverbots einmal darauf beruhen, daß nach älterem Recht Kinder dem Vater erwarben, was im neuesten R. R. sehr beschränkt ist, und dann darauf, daß nach R. R. die väterliche Gewalt auch über verheirathete Kinder fortdauert, so erleiden dieselben ohne Zweifel bedeutende Modificationen; s. Heimbach im Rechtslex. Bd. IX. S. 688.

Zu 26) Die Vindication, wenn die geschenkte Sache noch vorhanden ist, die Condiction, wenn diese zwar nicht, aber der Werth derselben sich noch vorfindet; l. 5. §. 18. l. 6. l. 36. pr. D. 24. 1. — l. un. §. 5. C. 5. 13. Die Condiction geht auf Herausgabe der im Vermögen des Beschenkten fortwährend vorhandenen Bereicherung. Bei der Vindication fällt sogar die sonst stattfindende Beschränkung hinsichtlich des tignum junctum nach Maßgabe der l. 45. l. 63. D. 24. 1. — l. 43. §. 1 D. de leg. I. (30.) hinweg.

Zu 27) Ja; utilis vindicatio; l. 55. in f. D. 24. 1.

Zu 28) Ja; s. l. 36. pr. D. 24. 1.; v. Wening-Ingenheim Lehrb. d. gem. Civilr. Bd. III. § 381. (56.).

Zu 29) Sie kann nie weiter gehen, als in wie weit sich der Beschenkte wirklich bereichert befindet; l. 5. §. 18. l. 6. l. 33. §. 1. l. 50. pr. §. 1. D. 24. 1. — l. 8. C. 5. 16. — v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 381. (56.). Die Existenz einer Bereicherung und deren Größe bemißt sich aber nach dem Zeitpunkte der Litiscontestation; l. 7. pr. l. 16. l. 28. §. 3. l. 32. §. 9. D. 24. 1. — l. 17. C. 5. 16. Demnach kann die Sache selbst, nur wenn sie zur Zeit der Klagstellung noch existirt, zurückgefordert werden, und selbst dies nur mit der zu no. 28. bemerkten Modification; so daß in dem Fall, wenn der Beschenkte es vorzieht, statt der Zurückgabe des Geschenks dessen Werth zu vergüten, dieser nach dem Zeitpunkte der Zurückforderung berechnet wird; z. B. wenn eine Frau für das von ihrem Mann erhaltene Geschenk an Geld ein Grundstück gekauft hat, so ist es möglich, daß dieses zur Zeit der erhobenen Klage einen höheren oder einen geringeren Werth hat, als es zur Zeit der Erwerbung hatte; im letzteren Fall vergütet sie nur diesen geringeren Werth, im ersten Fall aber, wenn zufällig die Grundstücke jetzt im hohen Preis ständen, restituirt sie blos die dafür bezahlte Summe ohne Zinsen; l. 7. §. 3. D. 24. 1., Glück Thl. XXVI. S. 183. Die Grenze, welche dem Revocationsrecht durch den Begriff des Reicherwerdens auf einer, und Aermerwerdens auf anderer Seite gezogen ist, bezeichnet sich auf folgende Weise:

a) in Beziehung auf Zinsen und Früchte: Zinsen hat der Beschenkte nie zu vergüten; denn damit hat der Schenker nichts verloren, sondern nur einen möglichen Gewinn unterlassen, dem überdies die Gefahr des Ausleihens in Gegensatz zu stellen ist; l. 15. §. 1. l. 16. l. 17. D. 24. 1.

In Ansehung der Früchte waren die römischen Rechtsgelehrten verschiedener Meinung: nach l. 17. pr. D. 24. 1. wäre die Zurückforderung schlechthin nach Analogie der Zinsen auszuschließen; nach l. 45. D. 22. 1. nur in Ansehung der durch Cultur erzeugten Früchte, Sintenis Civilr. Bd. III. §. 135. S. 69. der II. Aufl., endlich nach l. 49. D. 24. 1. sollen die Früchte ohne Unterschied der Zurückforderung nicht minder wie die Hauptsache unterliegen. Nur letzteres beruht auf richtiger Consequenz, indem die ersten beiden Meinungen mehr oder minder mit dem Princip im Widerspruch stehen, daß auch die Ueberlassung des bloßen Fruchtgenusses unter das Schenkungsverbot fällt, l. 9. §. 1. D. 39. 5., und nach l. 20. C. 5. 12. —

l. 8. C. 5. 16. ja auch in dem Falle, wenn die ungiltige Schenkung des Mannes an seine Frau darin besteht, daß er ihr die Früchte des Heirathsguts überläßt, ohne die Lasten des Ehestandes auf sie überzutragen, die Frau das Heirathsgut mit den Früchten ohne Unterschied zurückgeben muß, und eben so, wenn die ungiltige Schenkung in einer Zurückgabe der dos während der Ehe besteht; l. un. C. 5. 19. — Nov. 22. c. 39., Heimbach a. a. O. S. 692.

b) In Ansehung der geschenkten Sache selbst. Wenn diese durch eine willkürliche Handlung des Beschenkten ganz oder theilweise untergegangen ist, wird in den Gesetzen statuirt, daß er im ersten Fall nichts, im zweiten aber nur so viel herauszugeben hat, als zur Zeit der Klagstellung noch vorhanden ist, gesetzt auch, daß er durch Früchte und Zinsen mehr als das Fehlende gewonnen habe; l. 15. §. 1. l. 16. D. 24. 1.

Zu 30) Der Untergang der geschenkten Sache hebt, ob er nun zufällig oder durch eigene Schuld des Beschenkten herbeigeführt worden, die bleibende Bereicherung und folglich auch jede Restitutionsverbindlichkeit auf; l. 5. §. 18. l. 7. pr. l. 28. pr. l. 32. §. 9. D. 24. 1. — l. 8. l. 17. C. 5. 16. Dasselbe gilt, wenn mit dem geschenkten Geld eine Sache erkauft wurde und diese zu Grunde ging, und auch bei mehrmaligem Umtausch l. 29. pr D. 24. 1. Nur in Einem Falle hebt der Untergang der erkauften Sache die Bereicherung und ihre Folge nicht auf, wenn nämlich die erkaufte Sache eine so nothwendige war, daß der Käufer, in Ermangelung des geschenkten Geldes, sie unvermeidlich aus eigenen Mitteln hätte anschaffen müssen, durch deren Ersparung er allerdings als bereichert erscheint; l. 47. §. 1. D. 46. 3. Ueber den Begriff der necessaria res s. l. 6. D. 34. 1., v. Savigny System Bd. IV. S. 71.

Zu 31) Nur dann, wenn der Concurs schon vor dem Tod des Schenkers ausgebrochen ist, können die Gläubiger eine ihnen zum Nachtheil gereichende Schenkung unter Ehegatten aus dem Grund des Schenkungsverbots anfechten; l. 18. D. 42. 8. — Hartitzsch Eherecht §. 216., Thibaut System des P.-R. Bd. I. §. 435., Glück Thl. XXVI. S. 176., v. Wening-Ingenheim Lehrb. d. g. Civilr. Bd. III. §. 381. (59.), Schweppe System d. Concurses der Gläubiger §. 53. u. 57. A. M. ist Leyser Vol. V. Sp. 312. M. 8. u. 9. u. Hellfeld Jurispr. for. §. 1256.

Zu 32) Da er eine actio in rem utilis hat, so kann ihm auch das Absonderungsrecht nicht versagt werden, v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 381. (56.), doch hat er kein absolutes Recht

auf die Sachen selbst, l. 55. D. 24. 1., und der Beschenkte kann sogar Caution für den Entwährungsfall verlangen; l. 36. pr. D. 24. 1.

Zu 33) Da vermöge der praesumtio Muciana angenommen wird, daß Alles, was die Ehefrau während der Ehe erlangt hat, vom Mann herrühre, so kann der Mann nicht in den Fall einer Beweislast kommen, vielmehr muß die Frau nicht allein in dem Fall, wenn sie eine vom Mann geleugnete Schenkung revocirt, diese beweisen, sondern auch im umgekehrten Fall, wenn der Mann eine ihr gemachte Schenkung widerruft, muß sie beweisen, daß sie die Sache auf andere anständige Art eigenthümlich erworben habe, — vorausgesetzt übrigens, daß das Geschenk überhaupt von einer dem Widerruf unterworfenen Art ist; s. Glück Thl. XXVI. §. 1258.

Zu 34) Da die ursprüngliche Bereicherung immer unzweifelhaft ist, mithin die Verneinung eine solche Thatsache involvirt, durch welche jene aufgehoben oder vermindert worden seyn soll, so muß der Beklagte eine solche Thatsache beweisen; l. 32. §. 9. D. 24. 1., v. Savigny System Bd. IV. §. 163.

Zu 35) In der l. 2. D. 39. 6., welche die verschiedenen Arten der Schenkungen auf den Todesfall entwickelt, wird unterschieden, ob die Schenkung so gemacht war, daß der Beschenkte sogleich Eigenthümer der geschenkten Sache werden, dieselbe aber nach verschwundener Todesgefahr wieder zurückgeben solle, oder auf solche Art, daß das Eigenthum erst nach dem Tod des Schenkers auf den Beschenkten übergehen solle. Im ersteren Fall wird — obgleich eigentlich während der Ehe das Eigenthum nicht auf den beschenkten Ehegatten übergehen kann, — eine rückwirkende Kraft angenommen; im zweiten Fall versteht es sich wohl von selbst, daß die Wirksamkeit der Schenkung erst mit dem Tod des Schenkers eintreten kann, und die Giltigkeit der Schenkung, nebst den darauf bezüglichen Handlungen und Verfügungen, nach dem Zeitpunkt des erfolgten Todes zu beurtheilen ist; l. 40. D. 39. 6. u. l. 20. D. 24. 1. mit l. 11. §. 2. 6. u. 9. D. 24. 1.

Zu 36) Ja; weil sie in den Gesetzen den Legaten und Fideicommissen gleichgestellt ist; l. 32. §. 1. D. 24. 1. — l. 12. C. ad L. Falcid. 6. 50.

Zu 37) Man muß unterscheiden, ob die persona interposita vom Schenker bestellt war, oder von dem Ehegatten, welchem die Schenkung bestimmt worden ist. Im letztern Fall konnte das Eigenthum der geschenkten Sachen eben so wenig auf die persona interposita, als auf den Ehegatten selbst während der Ehe übergehen. Im ersten Fall konnte das Eigenthum wohl auch nicht auf den beschenkten Ehegatten,

wohl aber auf die Mittelsperson übergehen, und hierdurch wurde so viel bewirkt, daß, wenn der Schenker bei Lebzeiten nicht widerrief, das Eigenthum mit seinem Tod auf den beschenkten Ehegatten überging; l. 11. §. 7. D. 24. 1.

Zu 38) Hätte die Mittelsperson noch bei Lebzeiten der Frau dem Mann tradirt, dann würde wohl die Wirksamkeit der Schenkung durch den erfolgten Tod der Frau keine Schwierigkeit haben, mithin deren Erben keine Revocation zustehen. Wenn aber die Uebergabe erst nach dem Tod der Frau erfolgt ist, so muß man unterscheiden, ob der interpositus von der Schenkerin oder dem Beschenkten beauftragt war. Im ersten Fall wurde er, wenn er wußte, daß die Frau gestorben war, und er gegen den Willen der Erben handelte, diesen verantwortlich, weil sein Mandat durch den Tod der Mandantin erloschen war; im andern Fall wird die Schenkung eben so wie in dem vorerzählten Fall no. 37., als durch den Tod der Frau bekräftigt, vor einem Angriff von Seite der Erben ganz gesichert seyn; l. 11. §. 8. D. 24. 1., Glück Thl. XXVI. S. 63.

---

§. 58.

C. Römisches Dotalsystem.

Dig. tit. de jure dotium XXIII. 3. Cod. tit. de jure dot. V. 12. Nov. 91. 97. cap. 2—6. Nov. 100. u. 109. Ulp. tit. VI. Paul II. tit. 21. u. 22.

a) Gegenstand und Arten der dos — Subject der Dotationsverbindlichkeit.

Indem der Begriff des Heirathsguts bereits im gegenwärtigen §. 56. festgestellt ist, und die Fragen über das Dotalprivilegium jüdischer Ehefrauen, und in der putativen Ehe im Bd. II. Kap. V. vom Pfandrecht zur Erörterung kommen werden, beschäftigen uns hier noch folgende Fragen:

1) Steht auch der Braut, welche in Erwartung künftiger Ehe dem Bräutigam Sachen als Heirathsgut hingibt, das privilegium dotis zu?

2) Können Vermögensgegenstände aller Art in dotem gegeben werden — und wenn die Frau ihr ganzes Vermögen dem

Mann zum Heirathsgut bestellt, gehen dann auch ihre Schulden schlechthin auf den Mann über?

3) Kann nach der Bestellung der dos noch eine Umwandlung stattfinden, so daß z. B. der Mann für eine Dotalsache sich eine bestimmte Summe als Mitgift anrechnen lassen soll?

4) Wenn der Mann eine Dotalsache verkauft hat, wird dann der Kaufpreis von selbst dotal, und umgekehrt eine Sache, die er mit Zuziehung seiner Frau für Dotalgelder angeschafft hat?

5) Was versteht man unter dos adventitia und profectitia?

6) Welche Personen sind zu dotiren gesetzlich verbunden? und in welchem Maaß insbesondere auch der Adoptivvater, die Mutter und der Bruder? und worauf beruht demnach der Unterschied zwischen dos necessaria und voluntaria?

7) Gilt keine Ausnahme von der gesetzlichen Dotationsverbindlichkeit da, wo diese überhaupt verordnet ist?

8) Liegt die gesetzliche Dotationsverbindlichkeit auch den Erben des Vaters oder väterlichen Großvaters ob?

9) Von welcher Zeit an ist dos promissa zu verzinsen, wenn kein Zahlungstag verabredet war?

10) Erfordert die promissio dotis besondere Förmlichkeiten zu ihrer rechtlichen Wirksamkeit? desgleichen die datio dotis?

11) Hat der Promissar wegen des ihm versprochenen Heirathsguts eine gesetzliche Hypothek in bonis promittentis?

12) Wird das Eingebrachte der Ehefrau im Mangel ausdrücklicher Bestimmung als Dotal- oder Paraphernalgut vermuthet? wofür gelten insonderheit die von den Eltern jährlich entrichteten Beihilfen?

13) Wenn die dos necessaria durch Zufall verloren ging, muß der Vater dann zum zweiten Mal dotiren?

14) Erneuert sich die väterliche Dotationsverbindlichkeit insonderheit bei einer zweiten Verehelichung der Tochter?

15) Ist der Besteller der dos auch Eviction zu prästiren verbunden? insbesondere bei der actio dotis?

16) Inwiefern kann außerdem die promissio dotis noch von besonderem Nutzen bei der dos necessaria seyn?

17) Wenn der Vater eigenes Vermögen der Tochter in Händen hat, ist in Ansehung der von ihm gegebenen dos anzunehmen, daß er ihr dieselbe aus ihrem, oder daß er sie aus seinem eigenen Vermögen gegeben habe?

18) Wie, wenn der Vater erklärt, sie sey theilweise aus seinem und theilweise aus der Tochter Vermögen gegeben?
19) Wird der zur dos necessaria Verpflichtete von dieser Verbindlichkeit frei, wenn die Ehe eingegangen wurde, ohne daß der Bräutigam die Dotation verlangt hat?
20) Können die Gläubiger des in Concurs gerathenen Ehemannes die von diesem bei Lebzeiten seiner Ehefrau nicht gegen deren Vater geltend gemachte Dotationsverbindlichkeit noch nachträglich geltend machen?
21) Was ist Rechtens in Ansehung des ususfructus dotis causa datus?

Zu 1) Das privilegium dotis ist der Braut in l. 74. D. 23. 3. — l. 17. §. 1. D. 42. 5. zugesprochen und da das Vorzugsrecht der Hypothek nur als Ausdehnung jenes privilegii erscheint, l. 12. §. 1. C. 8. 18., so wird ihr auch dieses nicht bestritten; Heimbach Rechtslex. Bd. II. S. 464. Immer muß jedoch die Absicht, ein Heirathsgut zu bestellen, wenn es auch nicht ausdrücklich genannt ist, aus den Bestandtheilen des Geschäfts klar hervorgehen; l. 23. D. 23. 3., Heimbach a. a. O. S. 410. Das Heirathsgut kann sowohl vor als während der Ehe bestellt werden; im ersten Fall wird die Bedingung: si nuptiae sequuntur stillschweigend verstanden, die Früchte, welche der künftige Ehemann nun schon aus den Dotalsachen genießt, müssen deshalb zur Substanz der dos geschlagen werden, und kommen bei der restitutio dotis mit in Anschlag; l. 6. D. 24. 3. — l. 38. §. 12. D. 22. 1. — l. 47. D. 23. 3. — l. 7. §. 1. D. eod., Tigerström Dotalrecht Thl. 1. S. 19. ꝛc., Mühlenbruch Pand. Bd. III. §. 530. Erfolgt die Ehe nicht, so hat der Constituent das Recht, das Gegebene condictione ob causam datorum zurückzufordern, und genießt dafür ein privilegium exigendi; l. 7. §. 1. D. 12. 4. — l. 10. D. ibid. — l. 59. §. 2. D. 23. 3. — l. 10. D. 23. 1. Dasselbe gilt auch vom augmentum dotis; Heimbach a. a. O. S. 410.

Zu 2) Alle in commercio befindlichen Sachen können Gegenstand der dos seyn, wodurch eine Vermehrung des Vermögens des Mannes bewirkt wird; l. 7. §. 2. l. 12. §. 2. l. 41. l. 43. pr. l. 57. D. 23. 3. — l. 14. §. 3. D. 23. 5. Bestellt die Frau ihr ganzes Vermögen zur dos, so versteht sich dies nur nach Abzug der Schulden, aber der Mann wird durch die Annahme der dos nicht selbst für seine Person Schuldner. Die Gläubiger können daher nur gegen die Frau klagen

und Einweisung in ihr Vermögen verlangen; l. 72. D. 23. 3. — l. 4. C. 5. 12. — l. 39. D. 50. 16. — Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. §. 518., Glück Thl. XXV. §. 1230. S. 12. 2c.

Auch fremde Sachen können Gegenstand der dos in so weit seyn, als der Empfänger im guten Glauben dadurch zur Usucapion in den Stand gesetzt wird; Dig. pro dote 41. 9. — Cod. 7. 28. Vom Usus-fruct insonderheit s. unten zu Fr. 21.

[Zuweilen wird ein Theil des Heirathsguts unter dem Namen eines verzinslichen Anlehens gegeben; s. Seuffert's Archiv Bd. XIII. No. 40.]

Zu 3) Allerdings; l. 25. l. 26. l. 27. D. 23. 3. — l. 21. D. 23. 4. — l. 61. D. 23. 3. Der Grund zu einer solchen Umtauschung kann in einem Vertrag liegen, wenn er der Frau nützlich ist, l. 26. D. 23. 3. und die betreffenden Personen einwilligen l. 7. D. 26. 5., oder auch im Gesetz, indem, wenn der Ehemann mit Dotalgeldern Sachen kauft, diese Handlung so ausgelegt wird, als ob die Frau in die Umsetzung des Heirathsguts eingewilligt hätte, demnach die mit den Dotalgeldern eingekauften Gegenstände den Dotalcharakter annehmen, l. 12. C. 5. 12. — l. 54. D. 23. 3. — l. 22. §. 13. D. 24. 3. Damit ist indessen nicht gesagt, daß die Frau das Eigenthum an diesen Gegenständen erwerbe; Tigerström Dotalr. Thl. I. S. 257., denn dem stünde l. 12. C. 5. 12. entgegen.

Zu 4) Daß der Kaufpreis einer vom Manne verkauften Dotalsache von selbst dotal werde, ist wohl keinem Zweifel unterworfen; l. 27. l. 32. D. 23. 3., Glück Thl. VIII. S. 167., aber sehr bestritten ist die Frage, ob die mit dem Dotalgeld angeschaffte Sache Eigenthum der Frau werde? Man muß sie, wie eben zu 3) bebemerkt wurde, nach l. 12. C. 5. 12. allerdings verneinen; allein dies hindert nicht, der mit dem Dotalgeld angeschafften Sache die Dotalqualität beizulegen, was in l. 54. D. 23. 3. bestimmt ausgesprochen ist. Die dos selbst bleibt ja auch, so lange die Ehe besteht, im Eigenthum des Mannes, daher Mühlenbruch Pand. Bd. III. §. 534. not. 4. gewiß mit Recht annimmt, daß zwischen der l. 12. C. 5. 12. und der l. 54. D. 23. 3. in der That kein Widerspruch bestehe. Mit besonderer Rücksicht darauf, daß die Inskription der l. 54. cit. res quae ex dotali pecunia comparatae sunt, dotales esse videntur auf den Fall hindeutet, da der Ehemann in Concurs gerathen ist, scheint es unbedenklich, der Frau jura separationis von diesen mit der dotis actio in Anspruch zu nehmenden res dotales einzuräumen, wenn nicht anders dessen Gläubiger sie aus der ganzen Masse abfinden

wollen; s. Glück Thl. VIII. §. 585. S. 167., Erkenntn. d. O.=A.=G. in München in Seuffert's Archiv Bd. IV. no. 57., Heimbach im Rechtslex. Bd. II. S. 413. Dissentientes sind Thibaut System Bd. I. §. 346. Ed. 8., Gesterding Lehre vom Eigenthum S. 302., Gottschalk Disc. for. T. I. pag. 19., Erk. d. O.=A.=G. in Celle in Seuffert's Archiv Bd. I. S. 251.

Zu 5) Dieser Unterschied bezieht sich auf das Subject des Gebers. Die dos heißt nämlich profectitia, wenn sie direct aus dem Vermögen des Vaters oder väterlichen Großvaters der Frau, s. l. 5. pr. §. 1—8. D. 23. 3., hingegen adventitia, wenn sie von irgend Jemand anders, z. B. von der Frau des Vaters oder von einem Dritten bestellt worden ist; l. 5. §. 9. 11. u. 14. D. 23. 3. — Als dos profectitia gilt es auch, wenn ein Dritter, um dem Vater eine Schenkung zu machen, sein Vermögen zur Bestellung einer dos hergibt, l. 5. §. 2. D. 23. 3. oder der Vater Jenen beerbt; l. 5. §. 14. D. 23. 3. Auf andere etwa ähnliche Fälle ist dies aber nicht auszudehnen; l. 5. §. 6. 9. 11. 12. D. 23. 3., Glück Thl. XXV. S. 46. ꝛc. Gleichgiltig ist, ob die Tochter noch in väterlicher Gewalt steht oder nicht, l. 2. §. 1. D. 24. 3., oder der Geber selbst noch in väterlicher Gewalt steht, l. 5. §. 10. D. 23. 3., und ob er der leibliche oder Adoptivvater der Frau ist, l. 5. §. 13. D. 23. 3. Eine besondere Art der adventitia dos ist die s. g. dos receptitia, d. i. eine von einem Dritten bestellte dos, welche aber vertragsmäßig an den Geber zurückfällt; l. 31. §. 2. D. 39. 6. — l. un. §. 13. C. 5. 13. Dieses Heirathsgut genießt weder die gesetzliche Hypothek l. un. §. 1. u. 13. C. 5. 13. noch unterliegt es dem Veräußerungsverbot l. 3. §. 1. D. 23. 5. Mühlenbruch Pand. Bd. III. §. 520. u. 523.

Zu 6) Der Vater und der väterliche Großvater der Frau sind zur Dotation der unvermögenden, noch in ihrer Gewalt befindlichen*) Braut nach Verhältniß ihres Vermögens und ihres Standes, der Zahl ihrer Kinder und auch mit Rücksicht auf den Stand des Bräutigams zu dotiren verbunden (dos necessaria) l. 29. D. 23. 3. — l. 60. l. 69. §. 4. u. 5. D. 23. 3. — Nov. 97. c. 5. — l. ult. C. 5. 11. — l. 5. §. 7. D. 23. 3. — l. 43. D. de legat. (32.), die Mutter nur ex magna et probabili causa, vel lege specialiter expressa, l. 14. C. 5. 12. — insbesondere wenn der Vater todt oder arm ist, und die Tochter auf keine Art ein Heirathsgut er=

*) Gegen diese Einschränkung erklärt sich v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 216. S. 445. der VI. Aufl. und Glück Thl. XXV. S. 68. u. 93., wo auch die Literatur über diese Streitfrage zu finden ist. Für die gedachte Limitation spricht sich Heimbach im Rechtslex. Bd. II. S. 402 aus.

halten kann, auch zur Strafe, wenn die Mutter eine Ketzerin ist*) (nämlich zu keinem im Lande geduldeten Religionsbekenntniß gehört; s. Schweppe röm. Privatr. Bd. IV. S. 117.), die Tochter aber eine orthodoxe Christin ist. — Auf Seite aller andern Personen ist die Dotirung nur facultativ (dos voluntaria).

Abweichende Meinungen Einiger scheinen nicht begründet, z. B.

a) daß die gesetzliche Verbindung des Vaters durch Aufhebung der lex Voconia aufgehört habe; — denn dies findet sich dadurch widerlegt, daß Justinian die Gesetze, welche dem Vater diese Verbindlichkeit auflegen, noch in l. 7. C. 5. 11. als fortdauernd geltend anerkannt hat; s. Glück Thl. XXV. S. 94.

b) Daß heut zu Tage die Mutter gleiche Verbindlichkeit mit dem Vater habe; s. Voet Comm. ad. Pand. Vol. II. ad L. 23. tit. 3. §. 15. — denn außer dem Fall der ehelichen Gütergemeinschaft läßt sich dieses mit keinem Gesetz begründen, daher darf der Vater, wenn er selbst vermögend ist, der Tochter nicht das Heirathsgut aus dem Vermögen der Mutter wider deren Willen geben, und eben so wenig diese zu einem Beitrag anziehen; s. Glück Thl. XXV. S. 99.

c) Daß der frater gegen die soror consanguinea wenigstens (wenn gleich nicht gegen soror uterina) zur Dotation gesetzlich verbunden sey. Dafür wird l. 12. §. 3. D. 26. 7. angeführt; allein indem dort zwar dem Vormund ein solcher Aufwand im Namen des Mündels gestattet ist, folgt noch nicht, daß dieser auch gesetzlich zu demselben verbunden sey; denn der Vormund ist ja auch ermächtigt, munera solemnia parentibus cognatisque mittere, s. leg. cit., Hasse Güterrecht der Ehegatten §. 100., Schweppe a. a. O. Bd. IV. §. 678. S. 117., v. Vangerow Pand. Thl. I. §. 216. S. 445. der VI. Aufl.

d) Daß die Frau selbst zur Dotirung verbunden sey, wie Tigerström a. a. O. I. S. 57. behauptet. Man kann dies nicht aus l. 52. D. 26. 7. u. l. 9. C. 5. 37. — wonach ihr Curator zur Bestellung der dos verbunden ist, folgern; denn da geschieht es ja nur auf ihr Verlangen, und eben so wenig aus l. 22. C. 5. 37. — wo von dem bekannten Veräußerungsverbot eine Ausnahme für den Fall einer dos gemacht ist; denn

*) Zu weit scheint Tigerström im Dotalrecht Thl. I. S. 79. not. 6. zu gehen, wenn er dieses als den einzigen Fall der mütterlichen Verbindlichkeit betrachtet, und die Worte des Gesetzes: „nisi ex magna et probabili causa“ nicht in genereller Bedeutung nehmen will.

daraus folgt noch keine gesetzliche Verbindlichkeit der Frau. Das Gegentheil geht vielmehr aus l. 1. C. 5. 11. u. l. 32. §. 2. D. 12. 6. sehr bestimmt hervor; s. v. Vangerow Pand. §. 216. S. 446., Fuhr civilistische Versuche Heft I. S. 135., Heimbach a. a. O. S. 402.

Allgemeine Voraussetzungen der väterlichen und großväterlichen Dotationspflicht sind übrigens:

a) daß die zu dotirende Descendentin ein legitimes Kind sey, oder die Rechte eines solchen durch Adoption l. 5. §. 12. D. 23. 3. oder Legitimation erhalten habe; s. Tigerström I. S. 68., Glück Thl. XXV. S. 62.

b) Daß dieselbe kein eigenes Vermögen habe, aus welchem ihr eine dos bestellt werden kann; denn der in l. 7. C. 5. 11. mit ausdrücklicher Beziehung auf die bekannten Gesetze wiederholte Ausspruch: „omnino paternum esse officium, dotem vel ante nuptias donationem pro sua dare progenie“ kann nur übereinstimmend mit jenen Gesetzen verstanden werden; Glück Thl. XXV. S. 64., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 216. S. 446., Heimbach a. a. O. S. 402., Erk. d. O.-A.-G. in Nassau in v. d. Nahmer's Samml. Bd. I. S. 62.

Wo die gesetzliche Dotationspflicht eintritt, ist der Betrag sowohl nach dem Vermögen des Verpflichteten, als nach dem Stande der Frau und des Mannes unter Anwendung des richterlichen Ermessens zu bestimmen. Nach einem Erkenntn. d. O.-A.-G. zu Cassel, s. Strippelmann's Samml. Thl. IV. Abth. I. S. 16., kann die Ermittelung des Vermögens des Vaters durch Zuziehung von Sachverständigen geschehen, welche mit dessen Verhältnissen bekannt sind, wobei dann die Befugniß des Producten zur Vorbringung von Einwendungen gegen deren Person und Gutachten sich von selbst versteht. Die Forderung der Dotation ist nach der allgemeinen Vorschrift der l. 19. D. 23. 2. an die Zeit vor Eingehung der Ehe nicht gebunden.

Zu 7) Man pflegt eine Ausnahme von der gesetzlichen Dotationsverbindlichkeit zu statuiren, wenn die Tochter gegen eine gegründete Consensverweigerung des Vaters heirathet, l. 7. C. 5. 4. — oder sich einer Enterbungsursache schuldig macht; s. Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. §. 519. not. g. — arg. l. 19. D. 28. 2. —

Zu 8) Nur dann, wenn der Vater oder Großvater die dos schon bei Lebzeiten versprochen hat; l. 44. pr. D. 23. 3. — l. 5. C. 5. 11.

Zu 9) Obgleich die dos gleich nach geschlossener Ehe gefordert werden kann, so tritt doch die Verbindlichkeit für Früchte und Zinsen,

— letztere gesetzlich zu 4 Procent, nach der Meinung Einiger zu 5 Procent gerechnet, s. Müller ad Leyserum T. III. fasc. II. Obs. 543. — erst nach Ablauf von zwei Jahren ein, und zwar auch dann, wenn früher geklagt worden seyn sollte. So ist es in l. 31. §. 2. C. 5. 12. bestimmt. Einige wollen zwar diese Bestimmung blos von einem extraneus dotis promissor verstanden wissen, mithin dem Vater zur Beschaffung des Heirathsguts für seine Tochter nicht 2 Jahre Zeit lassen; s. Hofacker Princ. jur. civ. T. I. §. 430., Wernher Comm. in Pand. P. II. p. 337., aber die Wortfassung des Gesetzes gibt zu dieser einschränkenden Auslegung keine Veranlassung, daher sie von Andern verworfen wird; s. Thibaut System d. P.=R. §. 339. Ed. 8., Glück Thl. XXV. S. 181., Leyser Vol. V. Sp. 304. Med. 5.

Zu 10) Was

a) promissionem dotis betrifft, so ist wohl so viel unzweifelhaft, daß aus jedem acceptirten, wenn gleich formlosen, Versprechen eine Klage stattfinde; aber sehr streitig ist, ob eine Verbindlichkeit des gegebenen Versprechens auch dann behauptet werden könne, wenn nicht zugleich die erfolgte Acceptation von Seite des Promissars erwiesen ist? Voet im Comm. ad Pand. Lib. 23. tit. 3. §. 8. entschied zuerst verneinend, womit auch Lauterbach Coll. th. pract. Pand. Lib. 23. tit. 3. §. 18. übereinstimmt, nachher aber Lib. 50. tit 12. §. 1. bejahend. Die verneinende Meinung hat vorzüglich v. d. Nahmer Entscheid. des O.=A.=G. in Nassau Bd. II. S. 113. und Unterholzner v. d. Schuldverhältnissen Bd. II. S. 423. vertheidigt. Die bejahende hingegen scheint unter den neueren Rechtsgelehrten mit Recht das Uebergewicht gewonnen zu haben; Mackeldey Lehrb. d. R. R. §. 520., Puchta Pand. §. 259., v. Löhr in Linde's Zeitschr. Bd. I. H. 2. S. 227., Sintenis Civilr. Bd. III. §. 132. not. 33. Man kann nämlich wohl nicht behaupten, daß die dotis constitutio, außer dem Fall der datio dotis, nur per pactum, also promissum acceptatum, und nicht auch durch Pollicitation, mithin offerentis solius promissum l. 3. pr. D. 50. 12., geschehen könne, denn die l. 6. C. 5. 11. erkennt übereinstimmend mit l. 25. C. 4. 29., welche ausdrücklich auf den favor dotis hinweist, nuda pollicitatio, qualibuscunque verbis sit facta, für genügend an; vergl. c. 4. C. Th. 3. 13. und wird um so mehr dafür gelten können, als die pollicitatio an die Stelle der alten dictio dotis getreten ist, bei welcher auch keine Acceptation erforderlich war; s. Sintenis a. a. O. Man kann

auch wohl nicht einwenden, daß der Begriff von pollicitatio nach Tit. Pand. 50. 12. nur auf Versprechungen an Gott und an res publicae, mithin hier nicht anwendbar sey, denn er ist nun einmal im Cod. de dotis promissione et nuda pollicitatione darauf angewendet. — Die Anmerkungen 48. u. 50. zum Tit. 11. Lib. 5. Cod. in der deutschen Uebersetzung des corpus juris enthalten folgende Erklärung der Ueberschrift des tit. Cod. de dotis promissione et nuda pollicitatione. Nach dem ältern R. R. mußte ein Dotalversprechen, um klagbar zu seyn, in die Form einer dictio oder stipulatio eingekleidet werden. Das Versprechen der dos durch Stipulation hieß dotis promissio im eigentlichen Sinn das Versprechen der dos ohne Stipulation wurde nuda pollicitatio oder schlechthin pollicitatio genannt. Nach c. 6. Cod. 5. 11. aber begründet nun jedes Versprechen einer dos, es sey mündlich oder schriftlich, eine Klage auf Erfüllung.

Das Dotalversprechen bedarf auch, wenn es 500 solidi übersteigt, nicht der gerichtlichen Insinuation, weil die dos auf Seite des Empfängers nie als eine Schenkung betrachtet wird, l. 31. pr. C. 5. 12.; daher ein Anderes gälte, wenn nicht dem Manne, sondern dem Mädchen selbst zum Zweck ihrer Aussteuer ein Schenkungsversprechen ertheilt worden wäre, denn da wäre es allerdings wahre Schenkung, mithin der Insinuation bedürfend, s. Seuffert's Bl. f. Rechtsanw. Bd. V. S. 33. Wird die dos von nicht gesetzlich dazu Verpflichteten versprochen, so muß das Versprechen in quali et quanto genau bestimmt, oder im letzteren Fall wenigstens die Bestimmung ausdrücklich einem arbitrium boni viri unterstellt seyn; l. 1. u. 3. C. 5. 11., Glück Thl. XXV. S. 177. — l. 25. C. 4. 29. — l. 6. C. 5. 11., v. Löhr a. a. O. S. 229., Hasse Güterrecht der Ehegatten §. 110—117.

b) Eine datio dotis wird bei fungiblen Sachen durch Auslieferung in natura, bei nicht fungiblen körperlichen Sachen durch Tradition, l. 13. §. 2. D. 23. 5. oder auch, wenn der Dotirende ein Dritter ist, durch Ausstellung einer Schuldurkunde, bei Forderungen durch Cession oder Delegation*) perficirt; doch soll wenn eine Forderung zur Mitgift gegeben ist, von Seite des Ehemannes, sogar ohne Cession oder Delegation, eine act. utilis

*) Ueber die Verantwortlichkeit des Ehemannes in Bezug auf eine ihm versprochene dos oder in dotem gegebene Forderung und über delegatio dotis causa s. Meyerfeld im Rhein. Museum Bd. VII. S. 90. u. 372., Hoffmann und Fuhr civil. Versuche S. 37.

gegen den Schuldner stattfinden; l. 2. C. de O. et A. (4. 10.), Schweppe a. a. O. §. 680.

Zu 11) Unstreitig; s. l. un. §. 1. C. 5. 13., Mackeldey Lehrbuch Thl. II. §. 313. u. 520.

Zu 12) So sehr die dos in den Gesetzen begünstigt ist, indem nach l. 23. l. 70. D. 23. 3. u. l. 85. pr. D. 50. 17. im Zweifel für das factum der Dotirung und die möglich größte Vermehrung der dos gesprochen werden soll, und so wenig auch verkannt werden kann, daß besonders beim instructus muliebris die Wahrscheinlichkeit durchaus für die Absicht der Dotation obwaltet; s. Höpfner Institt. Comm. §. 130., Glück Thl. XXIV. §. 1229. 1237. u. 1238., Schweppe röm. Privatr. Bd. IV. §. 677., so glauben doch viele Rechtslehrer nur in dem Fall eine praesumtio pro dote annehmen zu dürfen, wenn Sachen, die in der ersten Ehe dos waren, dem zweiten Mann gleichfalls — wenn auch ohne ausdrückliche Bezeichnung dieser Eigenschaft — zugebracht worden sind; s. die bei Glück Thl. XXV. S. 236. allegirten Autoren. Außerdem betrachten sie es als eine immer nach den besondern Umständen zu entscheidende thatsächliche Frage, was, und namentlich ob die Aussteuer dotal oder paraphernal sey; s. Thibaut System d. P. R. §. 333. (Ed. 8.), welcher übrigens zugesteht, daß die dos nach l. 48. §. 1. D. 23. 3. auch stillschweigend bestellt werden könne; s. Mackeldey Lehrb. Thl. II. §. 520., Mittermaier deutsch. Privatr. §. 343. Dies gesteht auch Sintenis Civilr. Bd. III. §. 132. not 12. zu und, ob er gleich eine praesumtio pro dote in Abrede stellt, so räumt er gleichwohl ein, daß der Naturalausstattuug gleiche Vorzüge mit der dos durch eine constante Praxis eingeräumt seyen. Dagegen vertheidigt aus sehr überzeugenden Gründen Glück Thl. XXV. S. 223—246. u. 261., dann Thl. XXVII. S. 336., desgleichen Mühlenbruch in Doctr. Pand. Vol. III. §. 537. u. Puchta in den Vorlesungen §. 414. den Grundsatz: „nur das Einbringen hat die Frau zu beweisen, die Qualität des Eingebrachten aber versteht sich stillschweigend zur Erleichterung der ehelichen Lasten, mithin pro dote.“ Particularrechte können freilich wegen der verschiedenen Arten der ehelichen Güterrechte deutschen Ursprungs zu anderen Resultaten führen. [Gegen die Annahme einer s. g. dos tacita oder praesumta erklärt sich neuerdings unter Berufung auf Hasse Güterrecht d. Ehegatten, S. 415. mit aller Entschiedenheit Bechmann in Bekker's Jahrbb. des gem. deut. R. Bd. V. S. 271—288., indem er auch die Aufstellung von Sintenis verwirft und folgende Sätze als das Resultat seiner Erörterungen (welche auf den beiden Gedanken ruhen, daß die dos

ein ganz positives Rechtsinstitut mit eigenthümlichen Folgen. und das ganze Institut dem modernen Rechtsbewußtsein fremd sei) gibt: Wer die actio de dote anstellt, hat zu beweisen, daß eine dos bestellt worden sei; er hat also einmal darzuthun, daß die Sache, um welche es sich handelt, in das Vermögen des Mannes übertragen worden sei, und sodann, daß diese Uebertragung in dotem stattgefunden habe. Wer eine Gabe als eine dem andren Ehegatten geschenkte beansprucht, der hat den Beweis der Schenkung zu liefern. Wer endlich eine Gabe als s. g. Paraphernum in Anspruch nimmt, also die condictio sine causa anstellt, der muß die thatsächlichen Voraussetzungen dieser Klage beweisen. Vergl. auch Seuffert's Archiv Bd. XI. No. 157.]

Zweifelhaft ist es, ob qualitas dotis auch von jährlichen von den Eltern der Frau gegebenen Beihülfen anzunehmen sey? Haben die Eltern der Frau ihr diese versprochen und gegeben, so sind sie wie Alimente zu betrachten, können nur von der Frau selbst, so lange sie lebt, gefordert werden, können nur ein Paraphernalvermögen derselben bilden, und hören, wie ein jährliches Vermächtniß, mit ihrem Tode auf; Huber Praelect. jur. civ. ad Dig. tit. de jure dot. no. 11., v. Ende jurist. Ausführungen no. 21. S. 267. Möglicher Weise könnten sie, oder etwa das entsprechende Kapital, z. B. wenn die jährlichen Zinsen aus 4000 Fl. versprochen waren, nur alsdann als dos angesehen werden, wenn Versprechen und Leistung an den Ehemann gerichtet war. Ist in solchem Fall die Absicht unzweifelhaft, daß damit ein Heirathsgut constituirt werden solle, so kann die Zinsenpräſtation auch unbedenklich pro dote gelten, und selbst das entsprechende Kapital, wenn z. B. dabei gesagt war: „es sollen die jährlichen Zinsen à 4 Proc. aus 4000 Thlrn. Brautschatzgeldern gegeben werden." — Ist aber die Absicht ungewiß, so kommt es darauf an, ob pro dote präsumirt werden müsse. Ungenügend scheint die von den Glossatoren aus l. 2. C. de jure dotium gefolgerte Behauptung, daß das Versprechen jährlicher Zinsen die Versicherung eines Brautschatzes von selbst in sich fasse; denn die gedachte l. 2. setzt voraus, daß ein Heirathsgut ausdrücklich versprochen war, und noch weniger haltbar ist die Behauptung Leyser's in den Meditat. Sp. 304. Med. 8. 9., daß vermöge l. 6. D. 22. 1. de usur. aus der bloßen jährlichen Entrichtung von Zinsen die wirkliche Constituirung eines ihrem Kapitalstock gleichkommenden Heirathsguts folge, weil langjährige Zinsenentrichtung das Daseyn einer Hauptschuld vermuthen lasse. Die jährliche Entrichtung einer gewissen Summe zur elterlichen Beihülfe läßt sich ja eben so natürlich für einen bloßen Zuschuß, wie für eine Verzin-

sung eines wirklichen Brautschatzes erklären; s. v. Ende a. a. O. S. 269.

Zu 13) Eine gesetzliche Verbindlichkeit hierzu [s. g. Redotationsverbindlichkeit] findet sich nirgends ausgesprochen, vielmehr sagt l. 83. in f. D. 50. 17: casus, qui sine culpa accidunt, a nullo praestantur, daher die meisten Rechtslehrer die aufgeworfene Frage verneinen; Schweppe röm. Privatr. IV. §. 678., Zimmern im Archiv f. civilist. Praxis Bd. II. S. 201., Mackeldey Lehrbuch §. 519. not. f., Glück Thl. XXV. S. 79. 90., Tigerström Dotalrecht Bd. 1. S. 81., v. Vangerow Pandecten Bd. I. §. 216. not. 2. Die entgegengesetzte Meinung hat Thibaut im System d. P.-R. §. 336. (Ed. 8.) — vergl. Braun Erörterungen dazu S. 392. — und wenigstens auf Seite des Vaters Lauterbach im Coll. th. pr. Pand. Lib. 23. tit. 3. §. 9. angenommen. Sie beruht aber, indem sie ex pietate mit Bezug auf l. 1. §. 6. D. 37. 7. fundirt werden soll, wohl nur auf einer ganz unzulässigen Verwechselung mit der Pflicht des Vaters seine verarmte Tochter zu alimentiren.

Zu 14) Nur dann, wenn der Vater die zur ersten Ehe gegebene dos nach deren Endigung zurückbekommen hat, und zwar, wenn sich sein Vermögen nicht inzwischen beträchtlich vermindert hat, in derselben Größe, wie die erste dos. Nov. 97. c. 5. Auth. sed quamvis C. 5. 13.

Zu 15) Diese Frage ist zum großen Theil streitig. Unbestritten ist nur, daß dem Geber die Evictionspflicht in drei Fällen obliegt:

a) wenn er wußte, daß das, was er in dotem gab, eine fremde Sache sey; also in casu doli;
b) wenn er ausdrücklich versprochen hat, für die Eviction einzustehen;
c) bei der dos aestimata, wenn nämlich die Brautgabe dem Ehemann für einen bestimmten Preis zugeschätzt war, welchenfalls er als Käufer, mithin als evictionsberechtigt angesehen werden muß. Mühlenbruch Pand. Bd. III. §. 529.

Vielfach bestritten aber ist es, ob die Evictionsverbindlichkeit bei der datio dotis eben so, wie bei der promissio dotis stattfinde. Bei letzterer schien sie als Folge eines Vertrags unzweifelhaft. Mehrere glaubten, daß dasselbe bei der datio dotis gelten müsse, wenn gleich dieser, unter dem Gesichtspunkt einer Schenkung betrachtet, eine Evictionspflicht ganz fremdartig ist; denn eben dieser Gesichtspunkt konnte bezweifelt werden, da l. 19. D. de O. et A. 44. 7. deutlich erklärt, ex promissione dotis non videtur lucrativa causa esse, sed quodammodo creditor aut emtor intelligitur, qui dotem petit; cf. l. 21. §. 1. D. 24. 1. — Schweppe röm. Privatr. S. 127.; deshalb nahm man zu einer

solchen Interpretation der die Entscheidungsquelle darbietenden l. 1. C. 5. 12. seine Zuflucht, durch welche ein Unterschied zwischen datio und promissio dotis verschwinden mußte. Diese Gesetzesstelle lautet nämlich also: evicta re, quae fuerat in dotem data, *si pollicitatio vel promissio fuerit interposita*, gener contra soecrum vel mulierem seu heredes eorum condictione vel ex stipulatione agere potest. Nun wollte man die Worte: „si pollicitatio vel promissio fuerit interposita" in Beziehung auf eine promissio evictionis, nicht auf eine promissio dotis beziehen; Zimmern im Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. II. S. 203. ꝛc., Tigerström Dotalrecht I. S. 88. ꝛc.; allein nach der Ansicht der meisten Rechtslehrer müssen die erwähnten Worte nach dem natürlichen Zusammenhang und mit Rücksicht darauf, daß zum Zweck einer Evictionsleistung eine bloße Pollicitation niemals hinreichte, wohl aber zur Bestellung einer dos, sowie in Vergleichung mit l. 13. C. 5. 12. u. l. 23. D. 21. 2. schlechterdings von der promissio dotis verstanden werden, womit auch die dagegen angeführte l. 69. §. 7. D. 23. 3. nicht in Widerstreit steht, da in derselben auch nur von einer dos data die Rede ist; s. vorzüglich v. Vangerow Pandecten Bd. I. §. 217. not. 2. Glück Thl. XX. S. 198. Thl. XXV. S. 80., v. Löhr in Linde's Zeitschrift Bd. I. S. 231., Schweppe röm. Privatr. Bd. IV. S. 126. Dieser Meinung ist auch Thibaut im System der P.-R. §. 343. (Ed. 8.) — vergl. Brauns Dictate S. 399. — mit Widerrufung seiner frühern Ansicht beigetreten. Wenn man dieser Ansicht folgt, wonach die Evictionsverbindlichkeit außer den oben sub. lit. a—c. bezeichneten Fällen lediglich in der promissio dotis ihren Grund hat, so kann man auch keinen Unterschied zwischen der necessaria und voluntaria machen. Von ersterer spricht auch l. 1. C. 5. 12. deutlich, indem sie dem gener contra socerum die Klage gibt.

Gleicherweise ist denn auch die Frage zu entscheiden: wie die Haftung des Vaters zu bestimmen sey, welcher seiner Tochter das Heirathsgut dadurch bestellte, daß er ihr eine Forderung cedirte. Glück Thl. XX. S. 209. nahm an, wenn der Vater nach den Gesetzen zur Dotation verbunden war, so müsse seine gesetzliche Verbindlichkeit eben so viel wirken, als eine prommissio dotis, mithin Evictionsleistung; wenigstens könne er zur Redotation angehalten werden. Die Meinung widerrief er aber im Thl. XXV. S. 90. wegen l. 71. D. 21. 2., wofür ihm v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 217. not. 2. Beifall schenkt. Dagegen sucht Schliemann Haftung des Cedenten S. 30. auszuführen, daß Glück's erste Meinung die richtige sey, und l. 71. cit. ihr nicht entgegenstehe. Die l. 71. enthält nämlich folgenden

Fall: Der Vater hatte das Grundstück gekauft, welches er der Tochter in dotem gab. Es wird evincirt. Nun wird gefragt: kann der Vater jetzt schon seinen Autor der Eviction halber belangen, oder weil es zur Zeit an der rechtlichen Bedingung eines eigenen Interesse in seiner Person zu fehlen scheint, erst dann, wenn nach dem Tode seiner Tochter die dos an ihn zurückgelangen wird? Paulus findet gleichwohl sein Interesse schon jetzt begründet, und zwar ex paterna affectione. Wozu hätte es aber — sagt Glück zur Rechtfertigung seiner späteren Meinung — eines so weit hergeholten Grundes bedurft, wenn der Vater evictionspflichtig gegen seine Tochter gewesen wäre? Da wäre ja sein Interesse ganz nahe gelegen. Dagegen bemerkt Schliemann zur Beseitigung dieses Bedenkens: wenn Paulus den Satz, daß der Vater schon jetzt seinen Autor in Anspruch nehmen könne, allgemein begründen wollte, so mußte er ein für alle Fälle unzweifelhaftes Interesse auffinden. Dies konnte er aber in der eigenen Evictionsverbindlichkeit des Vaters nicht finden, weil diese in manchen Fällen cessiren konnte, z. B. wenn die Tochter genug eigenes Vermögen hatte, oder wenn er anderweit schon seiner Verbindlichkeit genugsam nachgekommen war. Das Affectionsinteresse des Vaters war aber für alle Fälle durchgreifend. Wenden wir uns von dieser gezwungen scheinenden Auslegung zur gewöhnlichen Doctrin zurück, so finden wir folgendes Ergebniß. Nach l. 1. C. 5. 12. u. l. 69. §. 7. D. 23. 3. haftet der Besteller der dos nur in den von uns im Eingange lit. a — c. bemerkten Fällen. — Demnach hatte die datio dotis an sich eine Verbindlichkeit für den Evictionsfall nicht im Gefolge, weder bei der dos necessaria, von welcher die l. 1. C. 5. 12., wie schon Schliemann a. a. O. S. 203. bemerkt, sogar ausdrücklich spricht,*) noch bei der dos voluntaria, sondern nur die promissio dotis, und zwar auch bei dieser, wie bei jener. Beim ersten Anblick scheint dies auffallend genug. Warum soll, wenn Zusage und Uebergabe in Eins zusammenfällt, eine geringere Verbindlichkeit vorhanden seyn, als wenn das Versprechen vorhergegangen ist? Niemals haben ja die Römer — sagt Thibaut a. a. O. S. 56. — eine Vertragsverbindlichkeit deswegen herabgesetzt, weil dem Vertrag gleich die Uebergabe hinzugefügt ward.

Dagegen wird die gewöhnliche Doctrin von Tigerström d. röm. Dotalr. Bd. 1. S. 83. folgendermaßen gerechtfertigt:

---

*) Daher muß man sich wundern, in v. Vangerow's Pandecten Bd. I. §. 217. no. 2. zu lesen: „wie es sich in Betreff der Evictionsleistung bei der dos necessaria verhalte, ist in den Gesetzen nirgends ausdrücklich entschieden."

I. für die dos im eigentlichen Sinn (dos data) gilt als allgemeine Regel, daß der Geber nicht zur Entschädigung verpflichtet sey, wenn das Object als res aliena vom dritten Eigenthümer dem Manne, welcher es bona fide empfing, abgestritten wurde. Der Mann hat keine Klage, womit er auf Evictionsleistung dringen kann, l. 1. C. 5. 12. Eben so mußte es sich verhalten, wenn zwar eine Schätzung vorgenommen, aber dennoch das Hingegebene seinem Objecte nach dos war, l. 69. §. 7. D. 23. 3. und zwar ohne Unterschied der Person des Gebers. Es fehlte hier die rechtliche Natur des Geschäfts, bei welcher die Römer jene Evictionsleistung nöthig erachteten. Denn es wurde nicht bei der dos, wie bei Kauf, Tausch und andern Rechtsverhältnissen der Preis oder eine andere Sache von gleichem Werth für das übertragene Object hingegeben, die dos gereichte vielmehr zum Vortheil des Empfängers, d. h. des Mannes. Und bei Geschäften dieser Art war auch sonst die Evictionsleistung nicht zulässig. Ausnahmsweise fand dies statt:

a) wenn der Mann die dos ausdrücklich durch simplen Vertrag oder Stipulation ausbedungen hat. Da mußte sie im ersteren Fall mit einer condictio, im letzteren mit einer actio ex stipulatu geltend gemacht werden;

b) wenn der Tradent wußte, daß die Sache eine fremde war, und sie dennoch als dos gab, er also dolo malo verfuhr.

II. Anders ist es bei der dos aestimata. Hier werden zwar auch, wie bei der so eben verhandelten dos non aestimata Objecte dem Manne hingegeben, aber diese sollen dennoch nicht dos werden, sondern eine nach jenen abgeschätzte Geldsumme; denn diese ist es, welche bei Trennung der Ehe restituirt wird. Schon deswegen, weil die dos aestimata eine Ausnahme von der Regel bildet, muß sie, wo sie stattfinden soll, besonders verabredet seyn. Das Rechtsverhältniß selbst, welches bei dieser dos aestimata herbeigeführt wurde, ist nun folgendes: In Rücksicht der hingegebenen Objecte wird der Mann ganz als Käufer angesehen, l. 3. D. 19. 2., die hingegebenen Sachen sind das Object des Kaufes, das pretium die bis zur Restitution der dos creditirte Summe, welche gleich nach abgeschlossener aestimatio als dos angesehen werden muß. Hier wird der Mann in Folge des Kaufes sogleich Eigenthümer der übertragenen Sachen; l. 69. §. 8. D. 23. 3. — l. 5. C. 5. 12. — l. un. §. 15. C. 5. 13. Er trägt das periculum et commodum rei traditae als Käufer, und wird

sie als res aliena vom dritten Eigenthümer abgefordert, so kann der Mann als Käufer Evictionsleistung fordern; l. 1. C. 5. 12. — l. 16. D. 23. 3. Auf die Eviction wird hier ex emto geklagt; l. 1. C. 5. 12. — l. 16. D. 23. 3. Von dem Manne heißt es da: emtoris loco est.

Zu 16) Wenn der Dotationspflichtige in Concurs geräth, bevor er die dos gegeben hat; denn in diesem Fall kann sie, nur wenn sie versprochen war, wie jede andere Forderung, im Concurs geltend gemacht werden; Schweppe röm. Privatr. Thl. IV. §. 679., Pufendorf T. I. Obs. 66.

Zu 17) Obgleich in diesem Fall der Vater nicht schuldig ist, ihr ex propriis eine dos zu bestellen, s. l. 5. §. 7. D. 25. 3. — so wird doch, wenn er einmal eine dos gegeben oder versprochen hat, vermuthet daß er sie aus seinem Vermögen gab oder geben wollte; l. ult. C. 5. 11., Schweppe a. a. O. Bd. IV. §. 679. — Thibaut System d. P.-R. §. 336. (Ed. 8.) A. M. ist zwar mit Mehreren Voet Comm. ad Pand. Lib. 23. tit. 3. §. 16., indem er meint, heut zu Tage bestehe überhaupt nicht mehr, wie nach R. R., eine Dotationsverbindlichkeit des Vaters, allein s. dagegen Glück Thl. XXV. S. 94.

Zu 18) Hierüber besteht die eigenthümliche Bestimmung Justinians, l. 7. C. 5. 11. — daß der Vater die Verbindlichkeit nicht theilen kann, sondern, wenn er das Vermögen hat, um die dos bestreiten zu können, dieselbe als gänzlich aus seinen Mitteln, im entgegengesetzten Fall aber als ganz aus der Tochter Mitteln gegeben angenommen wird. Durch die Nov. Leonis 21. kann dies nicht als aufgehoben angesehen werden, weil sie keine praktische Giltigkeit hat; s. Schweppe a. a. O. Bd. IV. §. 679.

Zu 19) Da ein Verzicht nicht vermuthet werden darf, und ein anderer Grund für die entgegengesetzte Meinung nicht vorhanden ist, so muß diese Frage verneinend beantwortet werden; s. Schweppe a. a. O., Glück Thl. XXV. S. 76. ꝛc.

Zu 20) Da mit dem Tod der Frau der Grund zur Dotation hinweggefallen ist, und der Mann sich des Anspruchs auf eine dos begeben konnte, so sind die Gläubiger abzuweisen; s. Madihn Miscellen I. S. 83.

Zu 21) Hier ist, wenn die Proprietät einem Dritten gehört, der ususfructus selbst in dote, nicht erst die einzelnen davon zu ziehenden Früchte; gehört die Proprietät der Frau und gibt sie dem Mann einen ihr an einem fremden Grundstück zustehenden ususfructus in dotem, so bleibt sie die usufructuaria, und der Mann hat blos die Ausübung

des Nutznießungsrechts, welche nach getrennter Ehe an die überlebende Frau zurückgeht. Ueber die verschiedenen Fälle dieser h. z. T. kaum mehr gebräuchlichen Art des Heirathsguts s. Glück Thl. XXV. §. 1230. a., Schweppe a. a. O. Bd. IV. §. 691., Heimbach im Rechtslex. Bd. II. S. 412., Mühlenbruch Pand. Bd. III. §. 528. II.

---

§. 59.

b) Rechtsmittel zur Erlangung der dos — beneficium competentiae — querela vel exceptio non numeratae dotis — Beweis der Illation.

1) Was für Rechtsmittel sind zur Erlangung der dos gegeben?
2) Wem steht die Dotalklage zu? und gegen wen?
3) Kann die Dotalklage auch dann noch angestellt werden, wenn die Ehe schon wieder getrennt ist?
4) Steht dem promissor dotis die Competenz zu?
5) Wenn der Ehemann in den Ehepacten den Empfang des Heirathsguts bekannt hat, wie lange kann er dann doch gegen dieses eigene Bekenntniß mit der querela oder exceptio non numeratae dotis auftreten?
6) Wenn es sich um Restitution des Heirathsguts nach getrennter Ehe handelt, wie lange gilt dagegen die querela oder exc. non numeratae dotis?
7) Können die Gläubiger des Ehemannes dieselbe auch nach Ablauf der gesetzlichen Fristen, wenn dieser sich daran versäumt hat, noch geltend machen, und zwar mit der Wirkung, daß die Beweislast des Einbringens sich auf die Ehefrau wälzen würde?
8) In welchen Fällen ist die querela oder exceptio n. num. dot. gegen das eigene im Dotalinstrument niedergelegte Bekenntniß des Ehemannes ganz ausgeschlossen?
9) Ist nach Ablauf der der querela oder exceptio n. n. d. gesetzten Verjährungszeit dem Ehemann nicht wenigstens noch der Beweis gegen den Inhalt des Dotalinstruments nachzulassen?
10) Kann der Ehemann dem Ablauf der Verjährungsfrist durch eine Protestation vorbeugen?
11) Wenn der Beweis der Illation des Heirathsguts durch Zeu-

gen geführt werden muß, sind dabei auch sonst exceptionsmäßige Zeugen für zulässig zu achten?

12) Findet auch Eideszuschiebung zum Beweis der Illation statt?

13) Kann der Beweis auch durch Vermuthungen geführt werden?

14) Wenn der Ehemann die dos in seinem Testament prälegirt hat, gilt dies als genügender Beweis, daß er sie wirklich empfangen hat?

15) Kann die except. n. n. d. auch gegen ein eidliches Bekenntniß des Empfangs der dos geltend gemacht werden?

16) Ist irgend ein schriftliches Bekenntniß des Ehemanns über den Empfang des Heirathsguts überhaupt beweisfähig gegen dessen Gläubiger im Concurse?

17) Wenn eine geschiedene Ehe wieder erneuert wird, sind dann auch die früheren Ehepacten stillschweigend für erneuert anzunehmen?

18) Können aus Eheverträgen auch Dritten Vortheile erworben werden, wenn sie gleich nicht mit contrahirt haben?

Zu 1) Für die dos necessaria, und zwar auch im Fall der dos, welche wegen Verführung vom Schwängerer entrichtet werden muß, ist die condictio ex lege ult. Cod. de dotis promissione (im letztern Fall auch act. stupri genannt) und für die dos voluntaria oder überhaupt promissa die act. ex stipulatu — jedoch als act. bonae fidei anzusehen — gegeben, mit welcher auch die hypothekarische Klage gegen das Vermögen des Promittenten concurrirt; s. Schweppe röm. Privatr. §. 680. Die Verbindlichkeit des Vaters, seiner Tochter einen Brautschatz zu geben, hört auch nicht auf, wenn sie gleich schon — jedoch mit stillschweigender oder ausdrücklicher Einwilligung des Vaters — geheirathet; Glück Thl. XXV. S. 76. ꝛc.

Zu 2) Nicht der Frau, sondern dem Mann; l. 5. C. de dot. promiss. (5. 11.) Der Ersteren jedoch dann, wenn ihr die dos versprochen worden ist, und sie Caution wegen der Ansprüche des Mannes bestellt; l. 29. l. 48. §. 1. D. 23. 3., Strippelmann's Entsch. d. O.-A.-G. in Cassel Bd. IV. S. 16., desgleichen, wenn der Tochter das Heirathsgut durch Vermächtniß bestimmt ist und der Erblasser den Ehemann nicht ausdrücklich bevollmächtigt hat, das Vermächtniß einzuheben; l. 69. §. 2. D. de leg. I. (30.) — l. 71. §. 3. D. 35. 1., Hasse Güterrecht Thl. I. S. 320—335. Wenn der Ehemann noch in

väterlicher Gewalt steht, so kann die Aushändigung des Heirathsguts eben so wohl an den Sohn als an den Vater geschehen. Im ersten Fall wird jedoch der Vater zur Restitution des Heirathsguts nur in so weit verpflichtet, als das peculium des Sohnes reicht; l. 36. l. 52. §. 1. D. 15. 1. — l. 20. §. 2. D. 10. 2. — l. 22. §. 12. l. 53. D. 24. 3. Im letzten Fall ist der Vater zur Restitution des ganzen Heirathsguts gehalten und der Sohn kann nur insofern belangt werden, als er Erbe des Vaters geworden ist; l. 22. §. 12. D. 24. 3. — l. 10. C. 5. 18. — Heimbach im Rechtslex. Bd. II. S. 415. u. 448.

Bei einer durch beide Eltern vollzogenen Verschreibung einer dos wird angenommen, daß der Mann als der zunächst und unbedingt Verpflichtete als Schuldner, die Frau aber als Bürgin anzusehen sey; Strippelmann Entsch. Bd. I. S. 241.

Ob Bürgen giltiger Weise für das Heirathsgut bestellt werden können, ist wegen l. 1. 2. C. 5 20. sehr streitig, mehrere Rechtsgelehrte nehmen jedoch eine subsidiarische Verbindlichkeit derselben an; s. Glück Thl. XXVII. S. 231.

Zu 3) Gegen den Promittenten jedenfalls, s. l. 84. D. 23. 3. — l. 41. l. 44. §. 1. D. 24. 3.; gegen den gesetzlich Verpflichteten aber nur, insofern er sich in mora befindet, außerdem kann der Mann dann nicht mehr auf die Mitgift klagen, weil die onera matrimonii aufgehört haben; s. Schweppe a. a. O. §. 680.

Zu 4) Nur dem Schwiegervater und der Frau selbst, wenn sie Promittentin war, desgleichen dem Vater des Ehemannes, wenn die Schwiegertochter gegen ihn de dote klagt, l. 15. u. 16. D. 24. 3., nicht aber einem extraneo, und streng genommen selbst dem Schwiegervater nur während der Dauer der Ehe unbedingt; denn nach aufgelöster Ehe hört die Affinität, als der Grund des beneficium competentiae, auf; von dieser Zeit an hat er daher nur einen Billigkeits-Anspruch, welcher hinwegfallen kann, wenn er sich der Rechtswohlthat unwürdig gemacht hat, z. B. wenn er den Schwiegersohn durch ein Dotalversprechen, zu dessen Erfüllung er nicht im Stande zu seyn vorhersehen konnte, getäuscht hat; l. 84. D. 23. 3. — l. 21. u. 22. D. 42. 1. — l. 27. D. 24. 3. – l. 32. eod. — Glück Thl. XXV. S. 187.

Zu 5) Erst nach Ablauf von 10 Ehestandsjahren soll der Ehemann gegen sein schriftliches Bekenntniß nicht mehr gehört werden; Nov. 100., Glück Thl. XXV. S. 248. Indessen glaubt Unterholzner in der Verjährungslehre Bd. II. §. 160. S. 32. in dem Fall einer Verschreibung des Heirathsguts nach eingegegangener Ehe

erst von diesem Zeitpunkt an rechnen zu dürfen. — Nach der Meinung einiger Glossatoren wäre das Rechtsmittel der Querel während der Ehe an gar keine Zeit gebunden gewesen, wie auch Schweppe noch in der 1. Ausg. des röm. Privatr. §. 688. behauptet hatte, wogegen er in der 4. Ausg. der gemeinen Meinung folgt.

Zu 6) Die Nov. 100 macht hier einen Unterschied bezüglich der Dauer der Ehe. Wenn dieselbe binnen 2 Jahren schon wieder aufgelöst wurde, so muß die quer. oder exc. n. n. d. in 1 Jahr, wenn die Ehe über 2, aber noch nicht 10 Jahre gedauert hat, muß sie binnen 3 Monaten von Endigung der Ehe an erhoben werden,*) hat sie aber schon 10 Jahre gedauert, so findet dieser Schutz gegen eigenes Bekenntniß gar nicht mehr statt, doch unbeschadet der Restitution in dem Fall, wenn der Ehemann zur Zeit der Ausstellung des Bekenntnisses noch minderjährig war, und seit geschlossener Ehe noch nicht 12 Jahre verflossen sind. Diese Frist kommt, wenn er in der Zeit, da ihm die quer. oder exc. n. n. d. zustand, stirbt, auch seinen Erben noch 1 Jahr lang, oder, wenn diese minderjährig sind, noch 5 Jahre lang zu Statten.

Ob die in der Nov. 100. ausgesprochenen Verjährungsfristen nicht blos für die Querel gelten, von welcher die dispositiven Worte der Novelle sprechen, dagegen der exceptio n. n. d. noch fortwährend die in l. 3. C. 5. 15. für alle Fälle gegebene einjährige Frist zu Statten komme, ist zwar bestritten, s. v. Buchholtz jurist. Abhandl. S. 169. 2c.; die gewöhnliche Meinung aber erachtet aus überzeugenden Gründen die l. 3. C. 5. 15. durch die Nov. 100. für aufgehoben, s. Heimbach im Rechtslex. Bd. II. S. 419., Unterholzner a. a. O. Bd. II. S. 32., Schweppe a. a. O. §. 288., und Buchholtz selbst gesteht, daß die Ansichten der Glossa, des Cujaz und der neueren Rechtsgelehrten entgegen sind.

Zu 7) Mehrere Rechtsgelehrte bejahen diese Frage, indem sie statuiren, daß die Negligenz ihres Schuldners den Gläubigern nicht zum Präjudiz gereichen dürfe; allein wenn diese nicht mehr Recht ansprechen können, als jener bei der Güterabtretung noch hatte, so muß man der Meinung der meisten Rechtslehrer dahin beistimmen, daß die Gläubiger nur in so weit gehört werden dürfen, als sie beweisen können, daß das Geständniß im Dotalinstrument falsch sey;

---

*) Fehlen indeß an den 10 Jahren nicht mehr volle 3 Monate, so muß die Querel in dieser kürzeren Zeitfrist angestellt werden; Nov. 100. c. 1. §. 1. c. 2. pr., Buchholtz jurist. Abhandl. S. 173. not. 8.

s. Glück Thl. XXVII. S. 345. et aut ibi alleg., Mevii P. VII. Dec. 355., Hommel Rhaps. Vol. III. Obs. 425.

Zu 8) Sowohl dann, wenn außer dem Bekenntniß in dem Ehevertrag noch eine besondere Quittung ausgestellt war, l. 14. §. 1. C. 4. 30., als auch, wenn die Dotalurkunde erst nach geschlossener Ehe errichtet worden ist; s. Schweppe röm. Privatr. Thl. IV. §. 688. S. 157., Glück Thl. XXV. S. 339., Hofacker Princ. jur. civ. T. I. §. 448. not. b.

Zu 9) Ist streitig. Verneinend entscheidet für alle Fälle Höpfner Institt.-Comm. §. 854., Schweppe a. a. O. §. 688. und Heimbach im R.-Lex. Bd. II. S. 420. mit der Bemerkung, daß Justinian selbst sich für die verneinende Meinung in Nov. 100. c. 1. §. 1. entschieden zu haben scheine. Bejahend hingegen entscheidet Voet im Comm. T. II. Lib. 23. tit. 3. §. 17. — Glück Thl. XX. S. 256. rc. gestattet dem Ehemann den Gegenbeweis gegen die den Empfang des Heirathsguts beweisende Urkunde, wenn der Ehestand noch keine 10 Jahre gedauert hat, den Gläubigern des Ehemannes aber auch nach 10 Jahren.

Zu 10) Diese Frage ist nicht nur vermöge der Analogie der qu. n. num. pecuniae zu bejahen, l. 14. §. 4. C. 4. 30., sondern auch zufolge Nov. 100. c. 1., wonach die Querel auch außergerichtlich (wenn gleich nur auf schriftlichem Wege) durch contestatio geschehen kann; Heimbach a. a. O. S. 417., Glück Thl. XXV. S. 257.

Zu 11) Bei der Schwierigkeit, andere Zeugen in rebus familiaribus zu bekommen, werden auch testes familiares et domestici, als Eltern, Geschwister, Dienstboten, wenn sie kein eigenes Interesse dabei haben, in solchem Grad gewürdigt, daß die Ehefrau zum Erfüllungseid gelassen wird; s. Glück Thl. XXVII. S. 347. —

Zu 12) Gegen den Mann wohl, aber nicht gegen dessen Gläubiger, ausgenommen über solche entscheidende Thatsachen, welche im Bereich ihrer eigenen Wahrnehmung gelegen waren; s. Pfitzer Rechte und Verbindlichkeiten der Weiber bei einem Concurspr. über das Vermögen ihrer Männer Thl. II. §. 201.

Zu 13) Manche Rechtslehrer legen den hier einschlagenden Vermuthungen sogar die Kraft gesetzlicher Vermuthungen bei; s. Leyser Vol. V. Sp. 320. Med. 8—11. Doch scheint es richtiger, sie nur als gemeine Vermuthungen gelten zu lassen, welche den Erfüllungseid herbeiführen können; s. Pfitzer a. a. O. §. 204., Borst über die Beweislast im Civilproceß §. 34—36., Glück a. a. O. S. 350. —

Zu 14) Wenn auch der Betrag im Testament hinlänglich ange-

zeigt ist, so muß das Testament ohne weitere Frage gegen die Erben entscheiden; §. 15. J. 2. 20. — l. 3. C. 6. 44. — nicht so gegen die Gläubiger, wenn der Mann oder sein Nachlaß in Concurs verfallen ist; denn Vermächtnisse sind nur dann wirksam, wenn nach Abzug der Schulden noch Vermögen übrig bleibt; l. 66. §. 1. D. 35. 2. — l. 6. §. 13. D. 42. 8. — Glück Thl. XXVII. S. 340. —

Zu 15) In der Regel wohl nicht; doch können wenigstens die Gläubiger bei ausgebrochenem Concurs auch ein eidliches Bekenntniß des Mannes verwerfen, weil ein Eid niemals Dritten zum Nachtheil gereichen kann; cap. 19. X. de jurejur.

Zu 16) Diese Frage kann wenigstens nicht absolut verneint werden. Manche Rechtslehrer statuiren sogar unbedingt die Beweisfähigkeit eines schriftlichen Empfangsbekenntnisses, weil bei jeder schriftlichen Urkunde die Vermuthung für die Wahrheit des Inhalts gilt, so lange nicht der Einwand des Betrugs oder der Simulation bewiesen wird, und wenn man in Einem Fall den schriftlichen Bekenntnissen des Schuldners die Beweisfähigkeit abspräche, die übrigen Concursgläubiger, welche doch auch nur durch solche ihren Beweis führen können, sich nach der Regel: „quod quisque in alterum statuerit, in se ipsum statuere debet," dasselbe gefallen lassen müßten. Es werden daher besondere Umstände vorausgesetzt, welche die Wahrheit des indirect dem Schuldner selbst zum Vortheil gereichenden schriftlichen Bekenntnisses zweifelhaft machen. Ist dasselbe erst zur Zeit der materiellen Ueberschuldung ausgestellt, so würde selbst confessio geminata nichts beweisen; s. Struben rechtl. Bedenken Thl. II. no. 22. Dagegen kann man dem schriftlichen Bekenntniß wenigstens nicht alle Beweiskraft absprechen, wenn keine Verdachtsgründe obwalten, wenn es lange vor dem Concurs und besonders wenn es gerichtlich ausgestellt, wenn es durch unzweifelhafte Umstände und Verhältnisse unterstützt, oder auch durch zehnjährige Cohabition bestärkt ist. In solchen Fällen wird wenigstens der Erfüllungseid zugelassen; s. Glück Thl. XXVII. S. 343.

Zu 17) Ja; s. l. 30. l. 31. l. 40. l. 64. D. 23. 3. — Glück Thl. XXV. §. 1245. S. 344.

Zu 18) Obwohl Dritten nie zum Nachtheil im Ehevertrag disponirt werden kann; l. 7. in f. D. 23. 4. — denn in der scheinbar entgegenstehenden l. 6. C. 5. 14. ist, wie Glück a. a. O. S. 372. bemerkt, ohne Zweifel die Concurrenz des Dritten zum geschlossenen Vertrag vorausgesetzt, — sonach es auch, besonders nach älterem Recht, schiene, daß dem Dritten eben so wenig Rechte durch einen ohne seine Mitwirkung geschlossenen Vertrag erworben werden könnten, so bewei=

sen doch mehrere Gesetzesstellen, daß dem Dritten eine actio utilis nicht versagt wurde; l. 9. l. 10. D. 23. 4. — l. 7. C. 5. 14., und dies kann wenigstens h. z. T. keinem Zweifel mehr unterliegen, da das Princip des R. R., daß man durch einen freien Menschen kein Recht erwerben könne, in Deutschland nicht angenommen ist; s. Glück Thl. IV. §. 343. S. 564., Thl. XXV. S. 372.

---

§. 60.

c) Rechte und Verbindlichkeiten des Ehemanns wegen des Heirathsguts – der Früchte — Impensen und Restitution.

1) Welche Rechte erwirbt der Ehemann an der dos?
2) Kann er die Dotalsachen insbesondere auch veräußern oder auf den Todesfall vermachen?
3) Kann er auch eine fremde ihm in dotem gegebene Sache durch Usucapion erwerben?
4) Wie weit geht das Benutzungsrecht des Ehemannes an den in dotem gegebenen Waldungen?
5) Desgleichen an Stein- und Marmorbrüchen? am gefundenen Schatz? an Jungen der Dotalheerde?
6) Von welcher Zeit an kann die Frau die von ihrem Mann widerrechtlich vorgenommene Veräußerung des fundus dotalis anfechten, und inwiefern kann sie es, wenn sie Erbin ihres Mannes geworden ist?
7) Kann auch der Mann selbst die von ihm vorgenommene Veräußerung impugniren?
7 a) Wann wird auch eine verbotene Veräußerung giltig?
7 b) Wird nach heutigem deutschen Recht jede Veräußerung der Dotalgüter durch die Einwilligung der Frau giltig?
8) In welchen Fällen kann die dos schon während der Ehe zurückgefordert werden?
9) Kann der Mann sie freiwillig während der Ehe der Frau zurückgeben?
10) Was für Sicherungsmittel sind der Frau für die künftige Restitution der dos gegeben?
11) Wie weit erstreckt sich die Haftung des Mannes mit seinem eigenen Vermögen wegen künftiger restitutio dotis, oder inwiefern hat er dolus, culpa, oder auch casus zu prästiren?

12) Welche Folge hat der Verzug der Frau in Auslieferung oder Zurücknahme der dos?

13) Kann ein oder der andere Theil die aestimatio venditionis causa facta wegen Verletzung über oder auch unter die Hälfte anfechten, und auf pretium justum zu reduciren verlangen?

14) Wenn die dos dem Mann schon vor dem Vollzug der Ehe venditionis causa zugeschätzt und übergeben war, die Ehe aber durch Zufall nicht zum Vollzug kam und inzwischen res dotales durch Zufall untergegangen sind, oder Schaden erlitten haben, wie verhält es sich dann mit der Restitutions-Verbindlichkeit? oder

15) wie dann, wenn die Ehe zwar wirklich zum Vollzug kam, aber noch vorher ein Theil der Dotalsachen zu Grunde ging, oder sich verschlimmerte?

16) Was hat der Mann zu prästiren, wenn ihm die res dotales blos taxationis causa zugeschätzt waren?

17) Wenn die Absicht der Interessenten zweifelhaft ist, ob taxationis oder venditionis causa ästimirt werden sollte, wofür streitet die Vermuthung?

18) Wenn bei der Illation der nicht venditionis causa ästimirten Dotalsachen ausgemacht worden ist, daß der Mann solche entweder in natura zurückgeben, oder den taxirten Werth dafür bezahlen solle, aber unbestimmt gelassen wurde, wem die Wahl zwischen Beiden zustehen soll, wer hat dann das Recht zu wählen?

19) Wie verhält sich dann die Restitutions-Verbindlichkeit, wenn ausgemacht war, daß die Dotalsachen nach dem Schätzungswerth restituirt werden sollen?

20) Wer ist nach beendigter Ehe zur Zurückforderung der dos profectitia oder adventitia berechtigt?

21) Wie hat der Ehemann die Restitution zu bewirken:
   a) wenn Baarschaften oder sonst fungible Sachen in dotem gegeben waren?
   b) wenn unbewegliche oder bewegliche, aber nicht fungible Sachen, oder
   c) ein jus in re dotis nomine eingeräumt war;
   d) wenn dem Ehemann eine Forderung in dotem gegeben war;

e) wenn er dotis nomine von einer Schuld liberirt worden ist;
f) wenn auf ein deferirtes Recht zu Gunsten des Mannes dotis nomine Verzicht geleistet worden war?

22) Was ist in Ansehung der Theilung der Früchte der dos Rechtens bei dem einstigen Restitutionsfall?
23) Was ist Rechtens in Ansehung der Zeit der restitutio?
24) Was für Rechtsmittel sind zur Wiedererlangung der dos gegeben?
25) Was für Rechtsmittel hat der Mann wegen der impensae in res dotales factae?
26) Was für Verwendungen können nnter dem Titel der impensae necessariae geltend gemacht werden?
27) Kann er auch dann den Ersatz derselben fordern, wenn die Verwendungen — ohne seine Schuld — den beabsichtigten Erfolg nicht gehabt haben?
28) Was ist die Folge, wenn der nach und nach vom Mann auf die Dotalsache gemachte außerordentliche Aufwand am Ende dem Werth derselben gleich kommt?
29) Wenn der Mann seiner Frau die dos prälegirt hat, verbis: „was mir meine Frau zur dos zugebracht hat, so viel soll ihr mein Erbe nach meinem Tode auszahlen" — ist der Erbe dann die impensae abzuziehen befugt, wenn gleich deren keine Erwähnung im Testament geschehen ist?
30) Wenn der Mann die dos ohne Abzug der nothwendigen Impensen bereits restituirt hat, ohne Compensation — wenn sie in Geld — oder Retention — wenn sie in körperlichen nicht fungiblen Sachen bestand — nach §. 37. J. 4. 6. zu gebrauchen, kann er dann doch noch die Impensen mit einer Condictio fordern?
31) Was versteht man unter impensae utiles?
32) Wenn der Mann seiner Frau dotem prälegirt hat, darf der Erbe dann auch die impensae utiles dagegen fordern?
33) Steht wegen nützlicher Verwendungen die Compensation zu, falls die dos in Geld bestanden hatte?
34) Was versteht man unter impensae voluptuariae?
35) Inwieweit haftet der Ehemann wegen restitutio dotis, wenn er die versprochene dos einzutreiben unterlassen hat?
36) Inwiefern haftet der Ehemann, wenn ihm durch Cession einer Schuldforderung in dotem gegeben war?

37) Wie im Fall einer zum Zweck der dos vorgegangenen Delegation, und zwar eines debitor generis s. quantitatis, oder eines debitor speciei?

38) Wenn dem Ehemann die ihm vom Vater seiner Frau venditionis causa zugeschätzte Dotalsache von einem Dritten entwährt worden ist, so leidet es wohl keinen Zweifel, daß er, da er als Käufer zu betrachten ist, Evictionsleistung vom Besteller der dos und dessen Erben fordern kann; s. l. 16. D. 23. 3. — l. 1. C. 12.; wie aber, wenn nach geendigter Ehe die Frau die dos zurückverlangt, kann sie dies, wenn sie ihren Vater oder den dritten Geber derselben nicht beerbt hat, mit Recht thun?

39) Wie haftet der Ehemann, wenn die dos durch Nachlaß-Vertrag, Acceptilation oder pactum de non petendo bestellt ist?

Zu 1) Auf die Dauer der Ehe hin erwirbt er durch die Tradition alle aus dem Eigenthum*) fließenden Rechte, somit auch auf accessio possessionis und Surrogate, oder res dotali pecunia comparatas; l. 26. 27. 32. 54. D. 23. 3. — l. 22. §. 13. in f. D. 24. 3. — l. 12. C. 5. 12. — Glück Thl. VIII. S. 167. — doch muß er nach geendigter Ehe die Dotalsache sammt allen Accessionen, sonach auch mit dem in fundo dotali gefundenen Schatz restituiren, an welch' letzterem ihm die Hälfte nur als Finder, also nicht jure dotis gehört; l. 7. §. 12. D. 24. 3. [Bei nichtvorhandener ehelicher Gütergemeinschaft fällt, nach allgemeinem deutschrechtlichen Princip, die Werthverhöhung, welche das eingebrachte Frauengut während der Dauer der Ehe erhalten hat, der Ehefrau zu und erhöht den Betrag des zu restituirenden Eingebrachten, indem die Rechtsparömie „Frauengut gewinnt und verliert nicht", nach welcher der Ehemann das Frauengut ledig-

*) Unbestritten ist dies zwar nur in Ansehung der vertretbaren Sachen, in Ansehung aller übrigen beweglichen und unbeweglichen Dotalsachen ist es vielfach bestritten. — Der neueste Schriftsteller Tigerström im Dotalrecht Thl. I. S. 201. 238. spricht der Frau das Eigenthum an den Dotalstücken für die Dauer der Ehe zu, allein s. dagegen die gründliche Ausführung von Heimbach im R.-Lex. Bd. II. S. 421. nach Cujacii Obs. X. 32., Löhr im Magazin Bd. IV. S. 57., Glück Thl. XXV. §. 1234., v. Vangerow Pand. I. §. 218. not. 1., v. Savigny, System Bd. II. S. 13., Bachofen Pfandr. Bd. I. S. 244. ff.

lich nach dem Werthe, den es zur Zeit der Illation hatte, zu erstatten berechtigt und verpflichtet ist, nur partikularrechtliche Geltung hat; Erkenntn. des O.-A.-G. Kiel, Seuffert's Archiv Bd. XII. No. 166.] Als Eigenthümer erwirbt er daher auch die Früchte nicht erst durch Perception; s. Mackeldey a. a. O. Bd. II. §. 521. Er trägt dagegen aber auch alle Lasten und allen zur Gewinnung der Früchte nöthigen Aufwand; l. 3. §. 1. l. 13. l. 16. D. 25. 1.

Folgerecht erwirbt er auch alle zur Behauptung des Eigenthums gegebenen Rechtsmittel, so daß er wegen der dos im eigenen Namen klagen, s. l. 18. in f. D. 24. 3. — sie von jedem Besitzer mit der rei vindicatio oder act. Publiciana abfordern, l. 24. D. 25. 2. — §. 4. J. 4. 6. — l. 3. §. 1. l. 13. pr. D. 6. 2., und selbst gegen seine Frau sich der condictio ob injustam causam bedienen kann; l. 24. D. 25. 2. —

Zu 2) Bewegliche Sachen kann er veräußern und legiren; s. pr. J. 2. 8. — l. 42. D. 23. 3. — l. 16. D. 29. 1. — l. 1. §. 10. l. 7. l. 13. D. 33. 4. — unbewegliche Sachen darf er aber auf keine Weise veräußern oder verpfänden, selbst nicht mit Zustimmung der Frau; pr. J. 2. 8. — Dig. 23. 5. — Cod. 5. 23. — l. un. §. 15. C. 5. 13. — Mackeldey Lehrb. Bd. II. §. 521. Auch auf den Bräutigam ist das Veräußerungsverbot ausgedehnt; l. 4. D. 23. 5. — Der Begriff von Veräußerung erstreckt sich auch auf Entäußerung von Dienstbarkeitsrechten und Belastung des Guts mit solchen; l. 7. C. 4. 51. — Heimbach a. a. O. S. 425. Erweitert sind die maritalischen Rechte am Dotalvermögen da, wo das eheliche Mundium noch besteht; s. Mittermaier deutsch. Privatr. II. §. 392. (§. 343.) Eine Ausnahme vom voranstehenden Grundsatz findet jedoch statt

a) beim nothwendigen Verkauf, l. 2. C. 5. 23. — und zwar nicht nur im Fall einer rechtlichen, sondern auch der Praxis zufolge bei einer factischen Nothwendigkeit, z. B. wegen dringender Schulden der Frau; s. Leyser Vol. V. Sp. 311. Med. 13., Glück Thl. XXV. S. 405.;

b) wenn dem Mann der fundus dotalis venditionis causa zugeschätzt war: l. 10. §. 6. D. 23. 3. — l. 11. D. 23. 5. — l. un. §. 15. C. 5. 13., es wäre denn, daß sich die Frau bei der Zuschätzung ausdrücklich die Wahl vorbehalten hätte, nach getrennter Ehe entweder das Grundstück in Natur oder den Werth zurückzufordern; l. 1. C. 5. 23. — l. 11. D. 23. 5.

c) Die Praktiker rechnen auch folgende Fälle hierher: wenn die Frau ihre Einwilligung in die Veräußerung mit einem Eide

bekräftiget hat, c. 28. X. de jurejur. (2. 24.), oder wenn die Veräußerung zum offenbaren Nutzen der Frau geschah, l. 26. D. 23. 3., z. B. ein besseres Grundstück dafür angekauft wurde; Glück Thl. XXV. §. 1252., und wenn die Veräußerung mit Zustimmung der Obrigkeit geschehen ist; Claproth von freiwilligen Gerichtshandlungen §. 180., Struve Synt. jur. civ. Ex. 30. th. 22., was aber wohl voraussetzt, daß eine vorangegangene cognitio causae zur Erkenntniß eines gesetzlichen Rechtsgrunds geführt hat.

Zu 3) Er kann sie*) pro dote, mithin zum Besten der Frau usucapiren; l. 67. D. 23. 3. — Gajus 2. 63. — Cod. 7. 28. — l. 3. C. 7. 33. — l. 1. D. 41. 9. — oder wenn sie ihm vor der Ehe schon übergeben war; pro suo; s. Glück Thl. XXV. S. 213., ausgenommen, wenn sie ihm ästimirt übergeben war, oder mit der ausdrücklichen Erklärung, daß er nicht eher Eigenthümer werden soll, als bis die Ehe erfolgt seyn wird; l. 1. §. 2. l. 2. D. 41. 9. — Auch im matrimonio putativo kann er pro suo usucapiren; l. 67. D. 23. 3. —

Zu 4) Wenn es ein zum Holzschlag überhaupt bestimmter Wald ist, so darf er so viel schlagen, als nach forstwirthschaftlichen Regeln schlagbar ist, gleichviel ob zum Bedarf der Oeconomie oder zum Verkauf, dagegen die vom Wind niedergerissenen Bäume darf er sich so wenig zueignen, als irgend etwas, was zur Deterioration des Guts gereicht; l. 7. §. 12. D. 24. 3. — Glück Thl. XXV. S. 109.

Zu 5) Insofern die Steine nachwachsen, werden sie als Früchte betrachtet, welche sich der Mann zueignen kann; ist es aber ein Marmor, welcher nicht nachwächst, so gehört der Verkaufserlös zur dos, und der Mann hat blos die Interessen aus demselben zu genießen, mit denen er auch die Kosten des Bruches compensiren muß; l. 32. D. 23. 3. — l. 7. §. 13. D. 24. 3. — l. 18. pr. D. 23. 5. Ausgeschieden vom Begriff der Früchte sind auch: der auf dem Dotalgrundstück gefundene Schatz, l. 7. §. 12. D. 24. 3., und die Jungen der Dotalheerde, inwiefern sie dazu dienen, um die Heerde vollzählig zu erhalten; l. 10. §. 3. D. 23. 3. — l. 68. §. 2. D. 7. 1. — vergl. l. un. §. 9. C. 5. 13.

Zu 6) Erst von der Zeit an, wo sie oder ihre Erben die dos

---

*) und zwar nicht, wie Cujac. Obs. et emendat. Lib. 14. c. 4. dafür hielt, blos die beweglichen Sachen; denn in den Gesetzen ist keine bestimmte Einschränkung enthalten; s. Heimbach a. a. O. S. 427.

zurückfordern können, findet auch ihre Klage auf Annullirung der Veräußerung statt, l. 30. C. 5. 12. — wenn sie aber Erbin ihres Mannes geworden ist, nur in so weit, als sie für ihre dos nicht aus dem Vermögen ihres Mannes befriedigt werden kann; l. 13. §. 4. D. 23. 5. — l. 77. §. 5. D. de leg. II. (31.) — Mackeldey Lehrb. §. 521. Abweichend ist Leyser in Meditt. Vol. V. Sp. 311. Med. 12., welcher der Frau auch dann die Klage auf Annullirung der Veräußerung zugesteht, wenn sie aus dem Vermögen des Mannes hinlänglich entschädigt werden könnte.

Zu 7) Die Meinungen hierüber sind verschieden; v. Vangerow a. a. O. §. 217. not. 3. bejaht die Frage, indem er meint, daß dem Ehemanne, wenn seine Vindication die exc. rei traditae opponirt wird, die replicatio doli ex lege Julia de fundo dotali zustände; cf. l. 1. §. 5. D. 21. 3. — So viel ist gewiß, daß, wenn der Mann nach getrennter Ehe das von ihm veräußerte Dotalgut der Frau in einem solchen Fall vindiciren wollte, wo er die dos lucrirt, derselbe mit der Klage abgewiesen werden müßte; l. 17. D. 23. 5. Aber außer diesem Fall, wenn er während der Ehe den widerrechtlich veräußerten fundus dotalis zum Besten der Frau vindicirt, steht ihm kein Gesetz entgegen, wohl aber die Rechtsanalogie zur Seite, womit auch die meisten Rechtsgelehrten übereinstimmen; s. Glück Thl. XXV. S. 402. und die Citate daselbst in not. 93. Vergl. Seuffert's Archiv Bd. IX. No. 169.

Zu 7a) Wenn die Frau nach zwei Jahren ihre Einwilligung wiederholt hat, nach der Praxis wenigstens unter der Voraussetzung, daß die Frau aus dem übrigen Vermögen des Mannes entschädigt werden kann, außerdem wird in dieser Controverse die Negative überwiegen; s. Glück a. a. O. S. 414—417.

Zu 7b) Ist gegen die Meinung Einiger zu verneinen; s. Wernher Obs. for. T. II. P. VIII. Obs. 437., Glück Thl. XXV. S. 420., denn der von Schilter in Prax. jur. Rom. Ex. 36. §. 95. angeführte Grund, als wäre in Deutschland das R. R. in dieser Materie gar nicht angenommen, ist offenbar falsch.

Zu 8) Ausnahmsweise nur dann*), wenn der Ehemann in

*) Von Seite der Frau nämlich in Ansehung der dos adventitia, — welche nach Auflösung der Ehe der Frau zufallen würde; l. 24. pr. D. 24. 3. Hat ein Dritter die dos gegeben (dos receptitia), so kann er sie bei eintretender Verarmung des Mannes nicht zurückfordern; Franke im civilist. Archiv Bd. XVII. S. 460. Ob aber nicht doch desfalls die Frau eine provisorische Aushändigung der dos verlangen könne, wie Franke a. a. O. annimmt, ist zweifelhaft; s. Sintenis Civilr. Bd. III. §. 133. not. 114., vgl.

Armuth oder Concurs geräth; l. 22. §. 8. l. 24. pr. D. 24. 3. — l. 29. C. 5. 12. — l. 1. C. 5. 17. — Doch darf dadurch die Bestimmung der dos zur Erhaltung des Mannes und der Kinder nicht alterirt werden, und die Gläubiger des Mannes können keinen Anspruch darauf machen; l. 29. C. 5. 12. — Nov. 97. c. 6. A. M. ist Dabelow vom Concurs S. 266. 510. u. 713.; s. jedoch dagegen Busch in Elvers' Themis Bd. II. S. 342.

Zu 9) Durch ein Versprechen kann er sich durchaus nicht giltig verpflichten. Gibt er aber die dos doch schon während der Ehe freiwillig zurück, so kann er dieses nur in den in l. 73. §. 1. D. 23. 3. bestimmten Fällen giltig thun, welche durch den besonderen Zweck charakterisirt sind, nämlich: ut sese suosque alat uxor — ut egentem virum sustineat, — ut fundum idoneum emat und ut aes alienum solvat, letzteres jedoch mit der Einschränkung, nach l. 28. D. 23. 4., daß darunter nicht die eigenen Schulden der Frau verstanden werden dürfen; denn sonst wäre es eine verbotene Schenkung unter Ehegatten; Francke im civilist. Archiv Bd. XVIII. S. 10., Glück Thl. XXIII. S. 249.

Selbst die Schenkung des ususfructus dotis ist dem Mann nur in gewissen Fällen gegen seine Frau erlaubt; s. Mackeldey Lehrbuch §. 523. not. 9. Mehreres hierüber s. v. Vangerow Pandecten I. S. 456., Glück Thl. XXVII. §. 1276. b., Braun Erörterungen zu Thibaut System d. Pand. S. 401.

Zu 10) Ihr, ihren Erben und ihrem Vater — nicht aber auch einem dritten Besteller der dos — steht eine in rem utilis vindicatio zu; l. 30. C. 5. 12. — Löhr im Archiv für civilist. Praxis Bd. V. S. 295. Bd. X. S. 68. und in Linde's Zeitschr. Bd. I. S. 239., Zimmern im Rhein. Museum Bd. III. S. 347. Sie hat für ihre abgängigen Dotalsachen, von Constituirung der dos an gerechnet, ein gesetzliches, selbst älteren Pfandgläubigern des Mannes vorgängiges privilegirtes Pfandrecht, nebst der act. hypothecaria gegen jeden Besitzer, l. un. §. 1. 3. 4. 11. 13. C. 5. 13. — l. 12. C. 8. 18. Nov. 97.

---

v. Vangerow Pand. I. §. 218. Anm. 2. S. 456. der VI. Aufl. Die an einen bekanntermaßen vermögenslosen Mann geschehene Bestellung eines Heirathsguts ist von Seite des Gebers darum nicht schlechthin widerruflich, sondern nur dann, wenn dabei mit einiger Sicherheit vorausgesetzt werden durfte, daß der Mann nicht unvermögend sey, oder darauf gerechnet werden konnte, daß der Mann künftig in den Besitz eines angemessenen Vermögens kommen werde, z. B. durch Beerbung seines Vaters, oder durch ein mittelst des Heirathsguts zu beginnendes Geschäft; s. Sintenis prakt. gem. Civilr. Bd. III. §. 133. S. 56. not. 115. mit Rücksicht auf l. 24. §. 1. D. 24. 3.

c. 2. u. 3. Nov. 109. c. 1., ohne daß ihr während der Ehe eine Verjährung laufen kann; l. 30. in f. C. 5. 12. — Gottschalk Discept. for. T. I. Cap. III. de momento temporis, quo tacita hypotheca uxori ratione dotis competens initium capit.

[Bestritten ist, ob dem Brautschatze allgemein und namentlich auch dann der Vorzug vor den übrigen Pfandrechten, insbesondere vor dem mit dem credito ad rem emendam verbundenen privilegirten Conventionalpfandrechte einzuräumen sei, wenn die Dotalforderung jünger ist, also z. B. ob ein augmentum dotis dem älteren Pfandrecht vorgehe. Neuerdings hat sich das O.-A.-G. Celle zu Gunsten der Ehefrau für den Vorrang des augmentum dotis ausgesprochen, und dabei als Grundsatz aufgestellt, daß als entscheidend dafür, ob eine Brautschatzbestellung ein augmentum dotis oder eine ursprüngliche dos geschaffen habe, nur der Umstand gelten könne, ob schon früher ein Brautschatz für die fragliche Person bestand oder nicht, welchem jener hinzutrat. Seuffert's Archiv Bd. XII. No. 165.]

Sie kann auch während der Ehe wegen unordentlicher Verwaltung des Mannes auf Sicherheitsmaßregeln antragen; l. 22. §. 8. D. 24. 3.

Zu 11) Für dolus und culpa haftet er immer, und muß diligentiam quam in rebus suis anwenden.*) Gleiche Verbindlichkeit hat auch sein Vater, wenn er noch in väterlicher Gewalt steht; l. 17. pr. D. 23. 3. — l. 66. D. 24. 3. — den Zufall hat er nur in zwei Fällen zu tragen, nämlich:

a) wenn die Dotalsachen in rebus fungibilibus bestehen, wozu besonders Geld gehört; l. 17. pr. l. 42. D. 23. 3. — Hasse Theorie der culpa S. 56. ꝛc.;

b) wenn die dos venditionis causa aestimata ist; solchenfalls gehen bei ihm, wie bei jedem Käufer, die Sachen mit dem Moment der Tradition auf seine Gefahr, es ist dann nicht mehr res, sondern pretium in dote; der Ehemann wird, wie jeder Käufer, lediglich debitor quantitatis und bleibt es pro summa taxata auch dann, wenn er die Sachen der Frau zu ihrem Gebrauch überlassen hat, wodurch sich ihr Gehalt und Werth nothwendig ver-

*) Nicht einmal durch einen Vertrag mit der Frau kann sich der Mann von der Verpflichtung, für culpa levis einzustehen, befreien; l. 6. D. 23. 4. Tigerström a. a. O. Thl. I. S. 334. Mehrere Gesetzesstellen sprechen auch von der culpa in non faciendo, l. 67. D. 24. 3., z. B. wenn er den Besteller des Heirathsguts nicht zu gehöriger Zeit aus seinem Versprechen in Anspruch genommen hat; l. 30. §. 1. D. 24. 3.

ringern konnte; l. 10. pr. D. 23. 3. — l. 53. §. 1. D. 24. 1. — l. 51. D. 24. 3. Für schuldhafte Deterioration haftet übrigens die Frau und der Mann, eben wie ein Dritter ex lege Aquilia, l. 24. §. 5. D. 24. 3. — l. 56. D. 9. 2. — Glück Thl. XXV. S. 121. Mehreres hierüber s. unter no. 35—39. — Wird der Ehemann auf Restitution des Heirathsguts belangt, so genießt er die Wohlthat der Competenz, welche ihm nicht einmal durch Vertrag benommen werden kann; l. 14. §. 1. D. 24. 3. — l. 7. pr. D. 44. 1. —

Zu 12) War sie säumig in der Uebergabe, so hat sie natürlich die Gefahr so lange zu tragen, säumte sie in der Zurücknahme nach getrennter Ehe, so braucht der Mann nur dolum, aber nicht mehr culpam zu prästiren; l. 14. D. 23. 3. — l. 9. D. 24. 3. — Glück Thl. XXV. S. 126.

Zu 13) In beiden Fällen; l. 12. §. 1. D. 23. 3. — l. 6. C. 5. 18. — Glück a. a. O. S. 22.

Zu 14) So lange die Ehe, in deren Voraussetzung die constitutio dotis nur möglich war — quia nulla dos sine matrimonio — nicht vollzogen war, kann auch die Zuschätzung und Uebergabe der Dotalsachen nur in der Eigenschaft eines bedingten Kaufs betrachtet werden. Der Bräutigam hat daher nur die empfangenen Sachen, nicht deren Werth, zu restituiren, und der durch Zufall entstandene Schade trifft die Braut; l. 10. §. 5. D. 23. 3. — Im Fall einer culpa aber haftet der Bräutigam nicht blos für diligentia in concreto, weil dies nur Folge des ehelichen Verhältnisses seyn konnte, sondern für dolus, culpa und omnis diligentia; s. Hasse die culpa d. R. R. S. 559.

Zu 15) Auch in diesem Fall trägt der Mann nicht das periculum interitus, wohl aber periculum deteriorationis, l. 8. pr. D. 18. 6. — Glück Thl. XXV. §. 1230. S. 21.

Zu 16) Diesfalls ist nicht pretium, sondern res in dote, er hat also die Sache mit ihren Accessionen zu restituiren. Kann oder will er die Dotalsachen nicht in natura restituiren, so pflegt man für den zu ermittelnden Werth, welchen er diesfalls zu ersetzen hat, den Zeitpunkt der Illation anzunehmen; s. Erkenntniß des O.=A.=G. in Dresden in Seuffert's Archiv Bd. VI. H. 2. S. 290. Die Frau trägt übrigens die Gefahr, ihr Mann hat blos dolus et culpa zu prästiren, wenn er es an der diligentia, quam in rebus suis exhibet, ermangeln ließ, und nur in diesem Fall hat er die Sachen nach dem beschriebenen Werth zu ersetzen; l. 1. C. 5. 18. — l. 17. D. 23. 3. — Es fällt dann auch die Evictions=Verbindlichkeit der Frau hinweg, wofern sie

nicht eines dolus schuldig ist, oder die dos in Folge eines gegebenen Versprechens schuldig war, oder sich speciell zur Evictionsleistung verpflichtet hatte; l. 10. pr. §. 1. D. 23. 3. — Hasse a. a. O. Kap. 12. S. 591. — Glück Thl. XXV. S. 27.

Zu 17) Viele Rechtsautoritäten sprechen für aestimatio taxationis causa und nicht venditionis gratia; s. die bei Glück Thl. XXV. S. 30. not. 83. allegirten Schriftsteller, insbesondere Struben rechtl. Bedenken Thl. II. no. 83., Höpfner Institt. Comment. §. 418. not. 3., Dabelow Eherecht §. 198., allein das Gegentheil sagt l. 3. D. 19. 2. — auch subsumiren die bisher allegirten Gesetze da, wo sie von der aestimatio dotis sprechen, in der Regel einen Kauf, welcher auch der Natur der, in der dotis datio liegenden Eigenthumsübertragung gemäß ist; s. insbesondere l. un. §. 9. in f. C. 5. 13. — Diese Meinung vertheidigt Glück a. a. O. in Uebereinstimmung mit den angesehensten Rechtslehrern. So auch Heimbach a. a. O. S. 406.

Zu 18) Die Beantwortung dieser Frage wird durch die rechtlichen Grundsätze von alternativen Verbindlichkeiten bestimmt. Der Beklagte, also hier der Ehemann, hat die Wahl, er muß aber dann auch Eines oder das Andere ganz leisten, mithin wenn er die Dotalsachen in natura nicht mehr zurückzugeben vermag, den taxirten Werth dennoch ersetzen, wenn sie auch ohne seine Schuld zu Grunde gegangen sind, — sind die aber noch vorhanden, so gibt er sie auch zurück, wie sie eben sind, wenn sie auch — jedoch ohne seine Schuld — schlechter geworden sind; l. 10. §. 6. l. 11. D. 23. 3. —

Zu 19) Man muß dann die Schätzung als venditionis causa facta annehmen, mithin trägt der Mann hier auch die Gefahr, gewinnt aber auch die Accessionen; l. 18. D. 23. 3. — l. 66. §. 3. D. 24. 3. —

Zu 20) Man muß hier die verschiedenen Fälle der Auflösung der Ehe

A. durch den Tod

B. durch richterliche Ehetrennung unterscheiden.

Zu A. Es steht in Ansehung

a) der dos profectitia dem Vater oder väterlichen Großvater die Zurückforderung zu, und zwar ohne Rücksicht auf väterliche Gewalt, und darauf, ob Kinder aus der Ehe vorhanden sind, oder nicht; l. 6. pr. D. 23. 3. — l. 4. C. 5. 18. — Unter den Glossatoren war zwar schon über den letzten Punkt Streit, indem Martinus den Rückfall der dos, wenn die Frau Kinder hinterließ, leugnete, Bulgarus aber denselben ohne Unterschied

statuirte; daß aber letzteres die richtige Meinung des R. R. sey, beweist Glück Thl. XXVII. S. 205. 2c., Puchta Pand. §. 419. b., v. Vangerow Pandecten Bd. I. §. 220. Anm. 1. S. 465. der VI. Aufl.

In dieser besonders von Francke im civilist. Archiv Bd. XXVI. S. 401. auf das gründlichste erörterten Controverse ist die mildere Meinung des Martinus, welche ungeachtet der gegründeten Einwendungen der Theoretiker doch fast allgemein in der Praxis vorherrschend blieb, neuerlich von dem O.=A.=G. in Darmstadt adoptirt worden; Emminghaus Corp. jur. Germ. Bd. II. S. 892., desgl. Unterholzner Verjährungslehre Bd. I. S. 444. und Sintenis Civilr. Bd. III. §. 133. Anm. 31. Eine Ausnahme von dieser Regel muß freilich dann statuirt werden, wenn im Ehevertrag ein Anderes ausgemacht worden ist; s. Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. §. 523., Hofacker Princ. jur. Rom. T. I. §. 441. — Ob jene Regel des Martinus durch deutsches Gewohnheitsrecht beseitigt sey, ist zweifelhaft. Bejahend entschied das O.=A.=G. in München, s. Blätter f. Rechtsanw. von Seuffert Bd. XVIII. Ergänz. Bl. S. 45. besonders mit Rücksicht auf das Würzburger Provinzialrecht. Dagegen erachtet ein Erk. des O.=A.=G. in Jena solch neueres deutsches Gewohnheitsrecht für unerweislich, weil die deutsch. Praxis auch Entscheidungen zu Gunsten des römischen Rechts aufzuweisen habe; s. Pufendorf Obs. jur. univ. T. I. Obs. 69.

β) In Ansehung der dos adventitia steht das Rückforderungsrecht den Erben der Frau zu, wofern sich nicht der Besteller der dos die Rückforderung vorbehalten hat; l. un. §. 6. u. 13. C. 5. 13. —

Zu B. Im Scheidungsfalle ist die Frau, abgesehen von den Fällen der Ehescheidungsstrafen, ohne Unterschied zwischen dos profectitia oder adventitia zur Rückforderung berechtigt.

Zu 21) In dem Fall

zu a) muß der Mann die Baarschaften, da diese ganz auf seine Gefahr gehen, in gleicher Qualität und Quantität restituiren, wie er solche empfangen. Dasselbe gilt unbedingt auch von andern fungiblen Sachen,*)

---

*) So wenigstens nach Glück Thl. IX. S. 422. und Schweppe röm. Privatr. §. 288.; allein richtiger scheint es doch, hier den Werth anzunehmen, welchen die fungiblen Sachen zur Zeit der Auflösung der Ehe haben, l. 42.

wenn sie dem Mann zugeschätzt sind; außerdem aber dann nicht, wenn sie durch den Gebrauch der Frau consumirt sind; l. 10. pr. D. 23. 3. — Geiger u. Glück merkwürd. Rechtsfälle Bd. II. S. 216., v. Ende vermischte juristische Ausführungen no. 6. S. 73., Glück Thl. XXV. S. 33. Thl. XXVII. S. 330. cf. l. 41. §. 4. l. 42. D. 23. 3.

Zu b) muß man unterscheiden, ob

α) die Dotalsachen bei der Illation zu Geld angeschlagen waren (dos aestimata), welchenfalls aestimatio venditionis causa facta angenommen wird, wenn nichts Anderes verabredet wurde; l. 10. §. 6. l. 69. §. 7. D. 23. 3. — l. 21. C. 5. 12. — Struben rechtl. Bedenken Bd. II. no. 83., Geiger u. Glück Rechtsfälle Bd. II. no. 31. — Da ist dann die natürliche Folge, daß der Mann gleich einem Käufer die Gefahr während der Ehe zu tragen hat, und lediglich Schuldner des Uebernahmswerthes wird.*) Ist aber

β) die Dotalsache dem Mann ohne Schätzung übergeben worden, z. B. fundus dotalis non aestimatus, so muß er diesen, — weil er nur ein widerrufliches und beschränktes Eigenthum daran erlangt hat, — in natura cum accessionibus restituiren, ohne jedoch für den Untergang durch Zufall zu haften, und für die von ihm veräußerten beweglichen Sachen muß er den Werth ersetzen. Sind die Dotalsachen endlich

γ) zwar mit einer Schätzung, aber nur taxationis, nicht venditionis causa übergeben, und ist der Restitution halber nichts ausgemacht worden, dann hat der Mann die Sachen in natura zu restituiren, oder den Werth der von ihm veräußerten Gegenstände zu ersetzen, und nur das periculum culpae, die Frau aber das periculum casus zu tragen; s. l. 5. C. 5. 12. — l. un. §. 9. u. 15. C. 5. 13.

D. 23. 3., analog dem beim Darlehn stattfindenden Verhältniß; l. 5. §. 1. l. 7. D. 7. 5., s. Duchesne in der sächsischen Zeitschr. f. Rechtspfl. N. F. Bd. IX. S. 489.

*) Irrig ist es, wie Glück Thl. XXV. S. 130. bemerkt, wenn Einige, z. B. Mackeldey im Lehrb. d. h. R. R. §. 524., statuiren, der Mann habe dann doch die Wahl, rem oder pretium zu restituiren; denn die dafür angeführte l. 10. §. ult. D. 23. 3. setzt ein bedungenes Wahlrecht des Mannes voraus, aber de jure kann es außerdem nicht Platz greifen, sondern wie es in leg. cit. heißt: cum illa *aut* illa res promittitur, rei electio est, utram praestet. —

Zu c) Mit Endigung der Ehe hört das jus in re auf. Ueber die restitutio eines in dotem gegebenen Ususfructus finden sich besondere Bestimmungen in l. 57. D. 24. 3. — l. 66. l. 78. pr. §. 1. u. 2. D. 23. 3. — §. 3. J. 2. 4. — Glück Thl. XXV. S. 1—12.

Zu d) Diese muß zurückcedirt, oder, wenn sie nicht mehr besteht, der Werth derselben vergütet werden.

Zu e) Diese wird durch Auflösung der Ehe wieder hergestellt; l. 12. §. 2. l. 43. pr. D. 23. 3.

Zu f) Die Frau muß alsdann dieses Recht, oder den Gegenstand desselben wieder erhalten; l. 14. §. 3. D. 23. 5.

Zu 22) Da der Mann die dos nur auf die Dauer der Ehe erhält, so müssen die Früchte des letzten Jahres (nämlich von der Uebergabe der dos an, s. l. 5. D. 24. 3., oder wenn sie schon vor dem Vollzug der Ehe übergeben worden war, von Schließung der Ehe, wodurch sie eigentlich erst dos wurde, gerechnet), wenn die Auflösung der Ehe im Lauf einer Fruchtperiode eintritt, verhältnißmäßig zwischen der Frau oder deren Erben und dem Mann getheilt werden, ohne daß etwas darauf ankommt, ob der Mann oder die Frau die Perception vorgenommen hat; l. un. §. 9. C. 5. 13. — l. 7. §. 1. D. 23. 3. — l. 7. pr. §. 1. 2. 3. 6. 7. 8. l. 31. §. 4. D. 24. 3. — Gottschalk Discept. for. T. I. pag. 328. Cap. 32. Soluto matrimonio quemadmodum ager ab uxore illatus restituatur. Schwieriger wird die Berechnung, wenn zwei Fruchtperioden in das Trennungsjahr zusammenfallen, und die Erträgniß der beiden Fruchtperioden verschieden war. Von den manchfachen Interpretationsarten der hierauf bezüglichen l. 7. §. 1. D. 24. 3. ist anzumerken: v. Wendt Abhandl. u. Rechtsfälle no. IX., Kübel de dotis fructibus soluto matrimonio dividendis. Tubing. 1841., — vorzüglich Hasse im rhein. Museum f. Jurispr. Bd. II. S. 1., — Schrader im Comment. de divisione fructuum dotis. Helmst. 1805., welchem Glück Thl. XXVII. S. 283. ꝛc. mit den meisten neueren Rechtsgelehrten gefolgt ist, wogegen v. Vangerow Bd. I. §. 220. Anm. 2. S. 466. der VI. Aufl. wieder die natürlich einfache Ansicht des Fr. Duaren in Disput. Anniversar. Lib. I. cap. 60. (Opp. pag. 1055.) in Schutz genommen hat, welche selbst Schrader für eine neue Gesetzgebung empfiehlt. — Der Fall wird in vorangeführtem Gesetz also gestellt: Es schließt Jemand am 1. October eine Ehe und empfängt einen Weinberg zur dos, hierauf erntet er die ganzen Früchte, verpachtet dann am 1. November den Weinberg, und löst die Ehe am letzten Jannar auf, so daß also die

ganze Ehe 4 Monate gedauert hat, 1 Monat in der einen und 3 Monate in der andern Fruchtperiode. — Die Entscheidung ging nun dahin: „der Ertrag der Weinlese und $\frac{1}{4}$ des Pachtgeldes müsse in der Art confundirt werden, daß daraus $\frac{1}{3}$ für den Ehemann wird.“ Soll aber aus $\frac{1}{4}$ ein Drittel werden, so muß $\frac{1}{12}$ hinzukommen, und es muß also zu dem $\frac{1}{4}$ des Pachtgeldes $\frac{1}{12}$ der fructus vindemiae hinzugerechnet werden.

Umfänglich hat diesen Gegenstand Francke im civilist. Archiv Bd. XXX. S. 279. erörtert. Er verwirft die Unterscheidung zweier Fruchtperioden als unnöthig und dem Geiste des Gesetzes fremd; denn durchaus ist nach allen Aussprüchen der Quellen nur von den fructus novissimi anni oder den fructus anni, quo divortium factum est, die Rede, und darunter wird das Ehejahr verstanden, mithin vom Tag der dotirten Ehe an gerechnet; l. 6. D. 23. 3. So viel Monate des letzten Ehejahres die Ehe gedauert hat, so viel Zwölftheile der Früchte oder auch der dafür bezogenen Pachtgelder gebühren dem Ehemann. — Z. B. wenn die Ehe 4 Monate gedauert hat, und zwar 1 Monat, während unmittelbaren Fruchtbezugs, und 3 Monate, während nachfolgender Verpachtung, so muß der Ertrag der Weinlese mit $\frac{1}{4}$ des Pachtgeldes zusammengerechnet werden, und aus dieser Gesammtsumme erhält der Ehemann $\frac{1}{3}$. — Einen unvollendet gebliebenen Aufsatz v. Brinkmann liefert das civilist. Archiv Bd. XXXVI. S. 451.

Zu 23) In Ansehung der Dotalgrundstücke hat die Restitution sogleich nach geendigter Ehe zu erfolgen; l. un. §. 7. C. 5. 13.; in Ansehung beweglicher Sachen ist eine Jahresfrist bestimmt, doch muß der Mann, wenn sie einen bestimmten von einem Dritten zu prästirenden Ertrag geben, den Ertrag des Jahres, in welchem die Ehe aufhört, wie andere Früchte mit der Frau oder deren Erben nach Verhältniß der Zeit theilen; l. un. §. 7. C. 5. 13. — Mackeldey a. a. O. §. 526. — Sintenis Civilr. Bd. III. §. 133. S. 55. der II. Aufl. not. 110., mit einiger Abweichung Glück Thl. XXVII. S. 271. Der singulären von Hagemann in den prakt. Erörter. Bd. VI. S. 325. aufgestellten Behauptung, daß, wenn der Ehemann nach Ablauf der für die Herausgabe der beweglichen Dotalsachen bestimmten Jahresfrist damit zögere, er nicht von selbst dadurch in moram versetzt werde, steht l. un. §. 7. C. 5. 13. wohl ohne Zweifel entgegen, nach welcher ihm desfalls eine 4procentige Verzinsung obliegt.

Zu 24) Die Frau hat, soweit die Dotalsachen noch in natura vorhanden sind, eine in rem utiles vindicatio, wenn sie sonst nicht ihre Befriedigung für die dos aestimata erhalten kann, hiernächst actio ex

stipulatu, welche indessen als act. bonae fidei behandelt werden soll. und nur so weit geht, als in quantum facere potest, vorbehaltlich der Nachzahlung bei besseren Glücksumständen; l. un. C. 5. 13.

Zu 25) Er hat für impensae necessariae ein Retentions- und Compensationsrecht, quia ipso jure minuunt dotem, — ferner für impensae utiles die act. mandati oder negotiorum gestorum contraria — wegen der impensae voluptuariae aber nur ein jus tollendi, und auch dieses nur insoweit es ohne Schaden an der Dotalsache ausgeübt werden kann. Er hat auch dann derenthalben kein besseres Recht, wenn etwa der voluptuöse Aufwand mit Willen der Frau gemacht worden ist; l. 11. D. 25. 1. Ueberhaupt s. l. un. §. 5. C. 5. 13. — l. 11. D. 25. 1. — l. 56. §. 3. D. 23. 3. — §. 37. J. 4. 6. — l. 5. pr. §. 1. 2. l. 7. §. 1. l. 8—11. pr. D. 25. 1. — l. 7. §. 16. D. 24. 3. — Donell. Comm. L. XIV. c. 8. §. 4. — Balett theor. prakt. Abhandl. Bd. I. no. 1. — Glück Thl. XXVII. S. 375.

Zu 26) Nicht impensae quaerendorum fructum causa factae, sondern impensae in rem ipsam factae, l. un. §. 5. C. 5. 13. — l. 1. §. 4. l. 2. pr. D. 33. 4. — l. 1—15. D. 25. 1. — l. 7. §. 16. in f. D. 24. 3. — l. 79. D. de V. S, oder welche auf die physische oder juristische Substanz der Sache wirken, nicht blos dazu, um die Sache in dem regelmäßigen benutzungsfähigen Stande zu erhalten; l. 15. D. 25. 1. -- tueri res dotales vir suo sumtu debet, si quid extra tutelam necessariam in res dotales impensum est, id est, quod dicitur, impensas, quae in res dotales factae sunt, dotem imminuere. Ob die Sache selbst nothwendig oder nur nützlich ist, zu deren Erhaltung der Aufwand gemacht ward, darauf kommt nichts an: l. 1. §. 1. D. 25. 1. — l. 7. §. ult. D. 24. 3. — Glück Thl. XXVII. S. 386. Ein Vertrag, durch welchen sich der Mann des Rechts begibt, die nothwendigen Auslagen zurückzufordern, wird für ungiltig erachtet; l. 5. §. 2. D. 23. 4. Sein Anspruch geht vielmehr auch auf seine Erben über; l. 15. §. 1. D. 23. 3.

Zu 27) Ja; s. l. 4. D. 25. 1. — Glück a. a. O. S. 385.

Zu 28) Dann hört die Sache auf, res dotalis zu seyn; l. 56. §. 3. D. 24. 3. — und kann nun also auch giltig veräußert werden, doch muß der Ehemann ein Jahr lang damit anstehen, da die Frau durch Vergütung des ganzen Aufwandes die Sache wieder dotal machen kann.

Zu 29) Allerdings kommt hier gleichfalls der Grundsatz: impensae necessariae dotem minuunt ipso jure in Anwendung, und wird vermuthet, daß der Mann seiner Frau nicht mehr vermachen wollte, als

die dos rechtlich betrug. Dagegen wenn ein Dritter den Mann zum Erben einsetzt, und der Frau ein solches Legat hinterläßt, daß er als sein Erbe der Frau so viel auszahlen soll, als sie ihm dotis nomine zugebracht hat, so wird angenommen, daß die dos nur taxationis causa genannt sey, um die Größe des Vermächtnisses zu bestimmen, und die Frau muß ihre dos ohne allen Abzug für nothwendige Verwendungen bekommen; l. 41. §. 1. D. de legat. II. — Glück Thl. XXVII. S. 422.

Zu 30) Ja; s. l. 5. §. 2. D. 25. 1. Es wird diesfalls ein Verzicht um so weniger angenommen, als nach l. 5. §. 1. D. 23. 4. nicht einmal ein Vertrag dahin, ne ob inpensas necessarias ageretur, gelten soll. Die Klage kann nach Beschaffenheit der Umstände actio mandati oder negotior. gestor. oder condictio sine causa seyn; Glück Thl. XXVII. S. 428.

Zu 31) Solche, wodurch der Ertrag der res dotalis vermehrt worden ist; l. 5. §. 3. l. 6. D. 25. 1. — Ulp. tit. VI. de dotibus. §. 16. etc. — l. 79. §. 1. D. de V. S. 50. 16., doch dürfen solche nicht unmäßig gemacht werden, so daß vielleicht gar die Frau verkaufen müßte, um die Verwendungen erstatten zu können; l. 8. D. 25. 1. — l. 79. §. 1. D. de V. S. 50. 16. — Ein Anderes wäre es, wenn diese Verwendungen mit ihrer Einwilligung gemacht wurden.

Zu 32) Nein; l. 5. D. 33. 4. —

Zu 33) Ungeachtet Retention im ähnlichen Fall nicht zulässig ist, vertheibigen doch die meisten Rechtslehrer die Compensation, weil durch diese eine Schuld ipso jure vermindert wird. Sintenis Civilr. Bd. III. §. 133. S. 61. der II. Aufl.

Zu 34) Voluptuosae sunt, quibus neque omissis deterior dos fieret, neque factis fructuosior effecta est; l. 7. pr. l. 14. §. 2. D. 25. 1. — l. 79. §. 2. de V. S. Würde aber durch sie wirklich ein höherer Preis erzielt, so müßte nach l. 10. D. 25. 1. der Grundsatz prävaliren: nemo cum damno alterius locupletior fieri debet.

Zu 35) Es kommt hier zunächst darauf an, ob der promissor dotis zugleich der Rückforderungs-Berechtigte ist, oder ein Anderer? — Im ersten Fall cessirt natürlich die Haftung ganz; denn dem Fordernden würde exceptio doli entgegenstehen. Dies wäre der Fall bei der Frau selbst, wenn sie die dos versprochen, oder den Promittenten beerbt hat; l. 41. §. 4. D. 23. 3. — l. 66. §. 7. D. 24. 3., und kann auch bei dem Vater der Frau vorkommen. Ist aber ein Anderer, als der Promittent zur Herausforderung der dos berechtigt, so haftet der Ehemann zwar nicht für Unglücksfälle, durch welche etwa die dos

verloren ging, wohl aber für culpa in exigendo, doch im Fall der Promittent sein Schwiegervater oder ein Ditter Schenker war, nicht nach aller Strenge, sondern nur nach billigem Ermessen; l. 33. D. 23. 3. — Glück Thl. XXV. S. 37., — mithin nicht schlechthin allemal, wenn er in mora agendi war, und der Promittent indessen insolvent wurde, sondern nur, wenn dieser salva dignitate zahlen konnte, nämlich wenn er die dos wohl ausrichten konnte, ohne in Verlegenheit oder Gedränge zu gerathen; l. 30. §. 1. D. 24. 3. Daß er aber unter allen Umständen einzuklagen nicht nöthig hätte, um die eigene Haftung zu vermeiden, wie Manche glauben, s. Hasse Theorie der culpa S. 583., und Glück a. a. O., scheint eine zu weit ausgedehnte Erklärung des haud urgere solutionem in l. 33. D. 23. 3. Hofmann in den civil. Versuchen I. S. 39. erkärt diese Gesetzesstelle dahin: es solle dem Manne nicht angerechnet werden, wenn er bei Ausklagung des Vaters der Frau nachsichtig verfahren hatte; s. Meyerfeld im rhein. Musenm Bd. VII. S. 102 §. 13. Uebrigens wird diese Schonung nicht auch gegen die Erben des Schwiegervaters entschuldigt, wenn der Mann gegen diese moram agendi begangen hätte, s. Meyerfeld a. a. O. S. 105., und jedenfalls haftet er unbedingt für die Restitution, mithin für mora agendi, wenn er mit dem Schwiegervater eine Novation eingegangen hat.

Zu 36) Für zufälligen Verlust haftet er auch da nicht, wie von Walch Opusc. T. I. pag. 58. irrig angenommen wurde, sondern nur für culpa in exigendo, mithin nur dann, wenn er die Schuld eintreiben konnte, ehe der Schuldner insolvent wurde, nicht aber, wenn durch seine Thätigkeit die Insolvenz nicht abzuwenden war; l. 49. pr. D. 24. 3. — l. 20. §. 2. D. 23. 4. — Glück Thl. XXV. S. 37., Gottschalk Discept. for. T. I. pag. l. —

Zu 37) Manche statuiren zwischen Cession und Delegation keinen Unterschied in Ansehung der Haftung; s. Glück a. a. O. S. 34. Richtiger scheint aber folgende Ansicht zu seyn. Wenn ein debitor generis s. quantitatis delegirt, so haftet der Ehemann nicht blos für culpa in exigendo, sondern auch für den casus, l. 35. D. 23. 3. Es wird nämlich so angesehen, als habe der Mann die dos wirklich empfangen und dem debitor delegatus creditirt. Von dieser in der Regel gegründeten Ansicht glaubt zwar Hasse in seinem Werke: die culpa d. R. R. eine Ausnahme bei der delegatio dotis causa in Bezug auf l. 41. §. 3. D. 23. 3. (welche aber vielmehr die Regel bestärkt) machen zu dürfen, allein s. dagegen v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 217. Anm. 1. S. 450. Der VI. Aufl. Vergl. l. 8. §. 3. u. 5. D.

16. 1. — l. 26. §. 2. D. 17. 1. — l. 21. §. 3. D. 33 1. — l. 21. D. 39. 5. — l. 18. D. 46. 1. — War aber ein debitor speciei delegirt, so haftet der Mann nur für culpa in exigendo, er könnte denn beweisen, daß die Sache, auch wenn er sie zur rechten Zeit eingefordert hätte, doch zu Grunde gegangen wäre, l. 56. pr. D. 23. 3.

Zu 38) Nein; es stünde ihr except. doli entgegen; s. l. 49. §. 1. D. 24. 3. und kommt nichts darauf an, wer das Heirathsgut gegeben hat; s. Glück Thl. XXV. S. 19. —

Zu 39) Es ist zu unterscheiden, ob das Object eine res fungibilis oder eine species war. Im ersten Fall wird es so angesehen, als ob der Creditor die Forderung eingetrieben und in dotem bestellt hätte; s. l. 77. D. 23. 3. Im zweiten Fall kommt es darauf an, ob die species zur Zeit der Acceptilation sich in den Händen des Mannes befindet oder nicht. Im ersten Fall ist der Gegenstand selbst in dote, im zweiten ist nicht der Gegenstand selbst, sondern nur die liberatio obligationis in dote, s. v. Vangerow Pandecten Bd. I. a. a. O.

---

§. 61.

d Von der donatio propter nuptias.*)

Inst. 2. 7. — Cod. V. 3. de donat. ante nuptias vel propter nuptias etc.

1) Was gehört wesentlich zu deren Begriff, um sie von der verbotenen Schenkung unter Eheleuten zu unterscheiden?
2) Muß sie, wenn sie 500 Solidi übersteigt, gerichtlich insinuirt seyn?
3) Was für Rechte hat der Ehemann während der Ehe an der donatio propter nuptias?

---

*) Da h. z. T. nach fast einstimmiger Erklärung aller Schriftsteller dieses Institut in seiner römischen Gestalt gar nicht mehr vorkommt, und über das deutschrechtliche Institut der Widerlage oder des Gegenvermächtnisses im §. 5. lit. A. bereits das nöthige bemerkt wurde, so ist dasselbe hier nur einfach zu berühren. Mehreres darüber s. Glück Thl. XXV. §. 1242., Burchardi, Warnkönig u. v. Löhr im Archiv für die civilist. Praxis Bd. IX. S. 197. Bd. XIII. S. 1. Bd. XV. S. 431. Bd. XVI. S. 1. Bd. XXX. S. 323., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 222. u. Sintenis Civilr. Bd. III. §. 132. Anm. 3. S. 11—14.

4) Was ist in Ansehung derselben Rechtens, wenn die Ehe durch den Tod des Mannes oder der Frau aufgelöst wird? oder
5) im Fall der richterlichen Ehescheidung?
6) Hat die Frau auch eine stillschweigende Hypothek im Vermögen des Mannes wegen donatio propter nuptias?
7) Ist der Vater des Mannes verbunden, eine donatio propter nuptias als Gegensatz des, seinem Sohn bestellten Heirathsguts aufrecht zu machen?

Zu 1) Es wird dabei dotis constitutio vorausgesetzt, um als Aequivalent gelten zu können; Nov. 2. c. 5. Nov. 91. c. 2., Glück Thl. XXV. S. 293., Warnkönig im Archiv f. d. civ. Pr. Bd. XIII. S. 2. ferner: daß der Mann nach getrennter Ehe die dos lucrire; l. 20. C. de donat. propt. nuptias. — Sie darf auch aus gleichem Grund die Größe der dos nicht übersteigen; Nov. 22. c. 20. Nov. 97. c. 1. u. 2., Glück a. a. O. S. 293. u. 314. Ueber die Bedeutung der Worte: ut aequalia dentur in Nov. 97. c. 1. u. 2., sowie überhaupt die verschiedenen in Ansehung der ganzen Materie sich kreuzenden Meinungen s. nächst Warnkönig auch Burchardi im civilist. Archiv Bd. IX. S. 197. u. Löhr ebend. Bd. XV. S. 431. Bd. XVI. S. 1., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 132. Anm. 3. — Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. §. 528. — Mühlenbruch Doctr. Pand. §. 277. — Sintenis Civilr. Bd. III. S. 12. not. 3.

Zu 2) Ja; s. Nov. 119. c. 1., doch liegt die gerichtliche Insinuation nur dem Mann ob, und dessen Unterlassung soll der Frau nicht zum Schaden gereichen.

Zu 3) Er hat Besitz und Eigenthum daran, darf aber die dazu angewiesenen Grundstücke weder veräußern, noch verpfänden, selbst nicht mit Einwilligung der Frau, Nov. 61. c. 1., Glück a. a. O. S. 306., doch soll diese verbindend werden, wenn sie nach zwei Jahren wiederholt wird; ib. S. 298.

Zu 4) Ueberlebt der Mann die Frau, so behält er die donatio propter nuptias. — Nov. 22. c. 20. §. 1. l. 18. C. 5. 3. l. 29. in f. C. 5. 12. l. 9. C. 5. 14. —, überlebt aber die Frau den Mann, so erwirbt die Frau volles Eigenthum daran, ohne Unterschied, ob Kinder vorhanden sind, oder nicht; Glück a. a. O. S. 306., Warnkönig a. a. O. Bd. XIII. S. 18. Abweichend Burchardi a. a. O. S. 197. ꝛc.

Zu 5) Hier kommt es darauf an, ob die Scheidung aus gerechten Gründen bewirkt wurde, der schuldige Theil verliert dann seine Ansprüche auf die donatio propter nuptias, der unschuldige aber behält sie. Sind aber beide Theile schuldig daran, daß die Ehe nicht fortbestehen kann, wie im Fall der Ehetrennung ex capite mutui dissensus, so fällt sie an die Kinder, oder wenn keine vorhanden sind, wird der Mann von der Herausgabe der don. p. n. frei. — l. 8. §. 5. C. 5. 17. — Nov. 98. c. 1. — Nov. 117. c. 9. §. 4. und 5. c. 10. c. 13.

Zu 6) Ja; s. l. 12. §. 2. C. 8. 18. — l. 29. C. 5. 12. — Nov. 61. c. 1. verbunden mit Nov. 22. c. 20. — Nov. 109. c. 1.

Zu 7) Höchstens dann, wenn der Sohn auf Absterben seiner Frau dotem lucrirt; s. Thibaut System Bd. I. §. 347., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. S. 43.

---

§. 62.

e) Bona parapherna et receptitia.

1) Was ist unter Paraphernalvermögen der Frau zu verstehen?
2) Was hat der Mann für Fleiß zu prästiren, wenn ihm die Frau die Verwaltung ihrer Paraphernen überlassen hat?
3) Von welcher Zeit an hat sie die gesetzliche Hypothek im Vermögen des Mannes für die ihm übergebenen Capitalien?
4) Steht nicht wenigstens nach heutigem Recht dem Mann auch an den Paraphernen die Nutznießung zu? und ist deren Illation zu vermuthen?
5) Was versteht man unter bona receptitia?

Zu 1) Alles, was nicht zur dos bestimmt, oder außer dem Dotalvermögen von der Frau eingebracht worden ist, weshalb nach dem römischen System, daß die Ehe an den Vermögensrechten derer, die sie schließen, keine Veränderung hervorbringe, der Ehemann an diesem Vermögen der Frau gar kein Recht hat; l. 8. C. 5. 14.

Zu 2) Er hat dolum und culpam zu prästiren, und diligentiam quam in rebus suis.

Zu 3) Erst von der Zeit an, da sie dem Manne übergeben worden sind, s. Glück Thl. XXV. S. 262. Thl. XIX. §. 1088. S. 123.

Zu 4) Nach römischem d. i. gemeinen Recht wären diese Fragen ohne Zweifel zu verneinen; Glück Thl. XXV. S. 268., daher die

Bejahung nur durch Particularrechte begründet werden kann. Da nämlich, wo sich noch nach altem Rechte der deutschrechtliche Nießbrauch des Ehemanns in Bezug auf das ganze Vermögen der Ehefrau erhalten hat, erstreckt er sich auch auf das s. g. Paraphernalvermögen, und insofern fällt dann ein Hauptunterscheidungsmerkmal von Dotal- und Paraphernalvermögen hinweg; s. Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. §. 392. (§. 343.) wogegen die übrigen Unterschiede des römischen Rechts stehen bleiben, wie wohl gegen Maurenbrecher deutsch. Privatrecht II. S. 605. anzunehmen ist. Nur unter vorgedachter Voraussetzung dürfte auch der vom O.-A.-G. in Dresden ausgesprochene Satz: „der Ehefrau gehörige Gelder, welche ihr, während die Ehe bestanden hat, unter des Ehemannes Beitritt sind ausgezahlt worden, „hat präsumtiver Weise der Ehemann allein an sich genommen, und „diese praesumtio facti ist, insofern nicht besondere Umstände zu einer „andern Consequenz führen, stark genug, um die Ehefrau zur eidlichen Bestärkung zuzulassen," vielleicht gegen die in Schwarze und Heyne Untersuchung prakt. wichtiger Materien S. 80. erhobenen Bedenken zu vertheidigen seyn.

Zu 5) Eigentlich gab es nach römischem Recht nur zwei Gegensätze, dos oder paraphernum [parapherna]: l. 9. §. 3. D. 23. 3. — l. 8. C. 5. 14. Wie viel Recht die Frau am Letzteren dem Mann einräumen wollte, das war gleichgiltig; immer blieb es paraphernum. Weil aber in neuerer Zeit dem Mann vermöge der potestas maritalis auch auf das paraphernum, wie so eben zu no. 4. bemerkt worden ist, Rechte statuirt wurden, so entstand in Ansehung dessen noch ein Unterschied, je nachdem die Frau dem Mann an den Gütern, welche nicht dotis causa gegeben waren, auch Rechte der Verwaltung und Benutzung gestattete, oder nicht. Im letzteren Fall wurden sie dann von recipere, retinere, reservare, s. l. 205. D. de V. S. 50. 16, Receptizgüter genannt, welche aber immer einen besondern Vertrag voraussetzten (s. Hofacker Princ. jur. civ. T. I. §. 418., Höpfner Instit. Commentar §. 130.), welcher indessen auch consensu tacito zu Recht bestehen kann, wenn dieser aus unzweideutigen Handlungen erkennbar ist; s. Gottschalk Discept. for. T. I. pag. 67., welcher diesen Satz gegen die Dissentienten Berger und Carpzov rechtfertigt.

§. 63.

6. Von Annullirung der Ehe.

Unter Beziehung auf die im §. 50. vom Begriff der Ehe, der Fähigkeit, sie zu schließen u. s. w. gepflogene Erörterung der Nichtigkeitsgründe beschäftigen uns hier noch folgende Fragen:

1) Welches sind die in den Gesetzen ausdrücklich bezeichneten Nichtigkeitsgründe?

2) Was ist die Folge, wenn der behauptete Nichtigkeitsgrund nicht vollständig zur Gewißheit gebracht ist? Findet Eideszuschiebung statt?

3) Was wird zur Klagsberechtigung ex capite nullitatis matrimonii im Fall vernichtender Privathindernisse wesentlich erfordert?

4) Wenn in einer gemischten Ehe durch Ablegung des feierlichen Gelübdes der Keuschheit die Ehe auf Seite des katholischen Ehegatten nicht zur Consummation gelangt*), während doch auf Seite des protestantischen Ehetheils die Ehe rechtlich besteht, was für eine Klage steht dann dem Letzteren zu?

5) Kann die Klage auf Annullirung einer gesetzlich verbotenen Ehe durch Verjährung aufgehoben werden?

6) Wie aber, wenn nur ein solches vernichtendes Ehehinderniß obwaltete, welches zu den Privathindernissen gezählt wird? Wird stillschweigende Entsagung aus einem mehrjährigen Stillschweigen, oder auch schon aus dem nach Entdeckung des Hindernißes fortgesetzten Beischlaf gefolgert?

7) Welche Folgen hat die Nichtigkeitserklärung der Ehe in Bezug auf die Vermögensrechte der Ehegatten, insbesondere auf Schenkungen unter den Ehegatten, dos und donatio propter nuptias?

8) Kann die Nichtigkeits- und Ehescheidungsklage cumulirt werden?

Zu 1) Alle vernichtenden Ehehindernisse sind Gründe zur Annullirung der Ehe. Da die Ehe als gesetzmäßige immer nur unter

*) Hartitzsch im Eherecht §. 302. u. 325. betrachtet dies als casus nullitatis matrimonii; allein ein solcher kann nur aus einem schon zur Zeit der Schließung der Ehe vorhanden gewesenen Impediment erwachsen, es ist daher vielmehr casus divortii, da wirklich matrimonium ratum, nur nicht consummatum obwaltet. Concil. Trident. Sess. 29. de sacram. matrimon. can. 6.

den gesetzlichen Voraussetzungen mit Erfolg eingegangen werden kann, so ist dieselbe eigentlich gar nicht vorhanden, wenn diese Voraussetzungen fehlen. Es ist dann blos ein factisches, kein rechtliches Verhältniß vorhanden. Die hier in Betracht kommenden Gründe s. die vorigen §§. 50. u. 51.

Zu 2) Im Zweifel ist eher für, als gegen den Bestand der Ehe zu erkennen; cap. 22. X. de testibus (2. 20.) Der Beweis der Nullität kann übrigens nicht durch bloßes Geständniß oder deferirten Eid, sondern nur durch Augenschein und andere in concreto geeignete Mittel geführt werden, wenn das trennende Ehehinderniß ein Privatimpediment ist; Eichhorn Kirchenrecht Bd. II. S. 318. 347. 457. Ist es ein öffentliches, so kann die gedachte Beschränkung der Beweismittel nach c. 5. X. de eo, qui cognovit 4. 13. nur wenn Gefahr einer Collusion vorhanden ist, stattfinden, übrigens werden auch solche Zeugen zugelassen, welche in anderen Fällen suspect oder unzulässig wären, vorausgesetzt, daß nicht allgemeine Verdachtsgründe gegen sie obwalten; c. 3. C. 35. qu. 6. — c. 3. X. qui matrim. accusare 4. 18. cf. c. 22. X. de testibus. 2. 20.

Zu 3) Daß man den Nichtigkeitsgrund vor Eingehung der Ehe nicht gekannt, und nicht gewinnsüchtige Absicht dabei stattgefunden habe; c. 4. 5. u. 6. X. qui matrim. accusare possunt, (4. 18.) c. 24. X. de sponsal. (4. 1.), doch wird nicht gerade die Anwendung besonderen Fleißes zur Entdeckung des Hindernisses erfordert; s. Uehlein im Archiv f. civilist. Praxis Bd. XIV. S. 47.

Zu 4) Er kann aus dem Grund böslicher Verlassung die Scheidung bewirken; s. Schnaubert Beitr. zum Staats- und Kirchenrecht Thl. I. no. 1. §. 5.; Wiese Handb. Thl. III. S. 117. Wohl dürfte ihm auch der Nichtigkeitsgrund wegen Irrthum in den wesentlichen Voraussetzungen zu Statten kommen.

Zu 5) Nein; s. c. 8. X. de consanguin. et affin. (4. 14.) c. 7. X. de sentent. et re jud. (2. 27.) c. 20. X. de praescr. (2. 26.).

Zu 6) Die Meinungen hierüber sind getheilt. Einige lassen auch da keine Verjährung stattfinden; s. Uehlein a. a. O. im Archiv Bd. XIV. S. 82. mit Bezug auf Boehmer J. E. Pr. T. IV. Lib. IV. tit. 15. §. 23. Das Gegentheil behauptet Wernher in Obs. T. I. P. III. no. 56., bezüglich c. 1. X. de frigidis et malefic. Richtiger scheint nach Glück Thl. XXVI. S. 266. der Grundsatz zu seyn, daß in Ansehung der trennenden Privathindernisse oder einer nullitas respectiva Alles nach dem Rechte des Verzichts zu beurtheilen sey; cf.

cap. 21. X. de sponsal. et matrim. (4. 1.) c. 2. X. de eo, qui duxit., Schott Eherecht §. 76. in not.

Gleichwie hinsichtlich vorhandener Privatimpedimente nur der verletzte Theil solche geltend machen kann, so kann er auch darauf verzichten; s. Jacobson im Rechtslex. Bd. III. S. 573. Die stillschweigende Entsagung kann aber wohl nicht, wie Manche dafür halten; s. Hellfeld Jurispr. for. §. 1261., Wernher Obs. T. I. P. III. Obs. 56., schon aus mehrjährigem oder gar schon aus 3monatlichem Stillschweigen gefolgert werden. Dieser Meinung ist c. 6. X. de frigidis etc. (4. 15.) geradezu entgegen; s. Glück Thl. XXVI. S. 296., Boehmer J. E. P. T. IV. Lib. IV. tit. 15. §. 28. Daß der nach erkanntem Privathinderniß fortgesetzte Beischlaf als Entsagung gelte, wird aus c. 25. in f. de jurejur. (2. 24.) c. 4. X. de donat. inter vir. et uxor. (4. 20.) u. c. 3. X. de adult. gefolgert; s. Hartitzsch Eherecht §. 319., Richter Eherecht, §. 252.

Zu 7) Jeder Theil bekommt das Seinige zurück, und die unter den Eheleuten gemachten Schenkungen bleiben giltig; l. 3. §. 1. D. 24. 1. — l. 7. C. 5. 16., Glück Thl. XXVI. S. 264. Nur wenn wissentlich eine gesetzlich verbotene Ehe eingegangen wurde, soll Confiscation der dos und donatio propter nuptias und der vor und während der Ehe gemachten gegenseitigen Geschenke eintreten; l. 32. §. 28. D. 24. 1. — Glück a. a. O. S. 265., Dabelow Eherecht §. 335.

Ist nur ein Theil Ursache daran, daß die Ehe der Nichtigkeit unterliegt, z. B. im Fall eines Betrugs und dergl., so ist er auch schuldig, dem Andern die Hochzeitkosten — abzüglich jedoch der erhaltenen Hochzeitgeschenke — sowie alle sonstigen Kosten und Schäden zu vergüten; s. Albrecht merkw. Rechtsfälle Bd. II. S. 17., Brückner Decis. matrim. Cap. 20. no. 3.

Zu 8) Nein; die Ehescheidungsklage kann nicht eher angestellt werden, als nachdem die Nullitätsklage abgewiesen worden seyn wird; s. Schmidt Lehrb. v. Klagen §. 101., Glück Thl. IV. §. 284. e.

Ueber die Gründe, welche zur Annullirung der Ehe berechtigen, s. oben §. 49. vom Begriff der Ehe.

---

§. 64.

7. Von der Ehescheidung.

1) In welchen Fällen findet auch nach katholischem Kirchenrecht Trennung der Ehe dem Bande nach statt?

2) In welchen Fällen ist nach protestantischem Kirchenrecht die Ehescheidung unzweifelhaft gesetzlich begründet? (vergl. folgende no. 18.)

3) In welchen Fällen statuirt die katholische Kirche Absonderung von Tisch und Bett, und zwar auf bestimmte oder unbestimmte Zeit?

4) Ist auch der Verdacht des Ehebruchs zur Scheidung hinreichend, und welche Momente können dafür gelten?

5) Findet die Klage aus dem Grund des Ehebruchs auch dann statt, wenn dieser in der Trunkenheit oder aus Irrthum in der Person begangen wurde?

5a) [Auch dann, wenn Erlaubniß zum Ehebruch gegeben war?]

6) Wodurch kann der Klagegrund aufgehoben werden?

7) Kann die Klage aus erwiesenem Ehebruch durch die Einrede des präsumtiven Ehebruchs gegenseits aufgehoben werden?

8) Findet gegen die Scheidungsklage ex capite adulterii die Compensation auch auf den Grund einer erst während des Prozesses vor Rechtskraft des Erkenntnisses vom Andern begangenen Unzucht statt?

9) Gilt die Fortsetzung des Beischlafs nach erlangter Kenntniß von der Untreue des Gatten als Verzeihung?

10) Ist dem Ehebrecher die Ehelichung der Person, mit der er die Ehe gebrochen, absolut verboten?

11) Wenn Jemand sich bei Lebzeiten seiner Frau mit einer Andern versprochen hat, ohne sich mit ihr fleischlich vermischt zu haben, darf er dann diese nach dem Tode seiner Frau heirathen?

12) Wenn eine Ehefrau mit einem Andern Anschläge auf das Leben ihres Mannes gemacht hat, um Jenen zu heirathen, ohne daß sie jedoch mit ihm einen Ehebruch begangen hat, kann sie ihn nach erfolgter Scheidung noch heirathen?

13) Was wird zum Begriff und also auch zum Beweis des Klaggrundes böslicher Verlassung erfordert?

14) Was für ein Verfahren findet deshalb statt?

15) Wie lange muß die Abwesenheit dauern, um die Vermuthung der Desertion zu begründen?

16) Ist der andere Ehegatte unbedingt zur Aufnahme des vor Eröffnung des Scheidungsurtheiles zurückgekehrten Ehegatten verpflichtet?

17) Wenn derselbe nach publicirtem Scheidungsurtheil erst zurückkommt, und der andere Ehegatte ihn wieder aufnehmen will, kann er dies ohne neue förmliche Copulation?
18) Welche Verletzungen der ehelichen Pflichten sind außer den in no. 2. genannten, als schwere und somit zur Scheidungsklage berechtigend, nach dem Gerichtsbrauch und der Mehrzahl der Rechtsautoritäten anzusehen?
19) Gilt auch unversöhnlicher Haß und unüberwindliche Abneigung als Scheidungsgrund?
20) Ist schuldlos entstandene Vereitelung der Ehestandszwecke, z. B. eine unheilbare Krankheit, Wahnsinn, Ekel erregendes Gebrechen, Impotenz, ein zulänglicher Ehescheidungsgrund?
21) Kann der Mann auf Scheidung klagen, wenn die Frau Nothzucht erlitten hat?
22) Durch welche Gründe kann nach protestantischem Kirchenrecht eine einstweilige Separation der Ehegatten begründet werden?
23) Welche Wirkung hat die Scheidung unter Protestanten auf die Vermögensverhältnisse und bezieh. den Namen, Rang und Stand
   a) des unschuldigen und
   b) des schuldigen Theils?
24) Welche Wirkung hat die immerwährende Separation katholischer Ehegatten auf ihre Vermögensrechte?
25) Nach welchen Gesetzen sind die jüdischen Ehescheidungsprocesse zu entscheiden?
26) Kann ein Katholik eine richterlich geschiedene Protestantin oder ein geschiedener Protestant eine Katholikin bei Lebzeiten des andern geschiedenen Gatten heirathen?
27) Wenn ein lebenslänglich separirter katholischer Gatte in der Folge zur protestantischen Kirche übergeht, kann er dann ohne Weiteres wieder heirathen, oder muß er erst neuerdings die förmliche Scheidung auswirken?
28) Wenn in gemischter Ehe der beklagte protestantische Theil als schuldig erkannt worden ist, darf er sich dann bei Lebzeiten des katholischen Theils wieder verehelichen?
29) Wem fällt nach getrennter Ehe der Unterhalt der Kinder zur Last, und
30) wem steht die Erziehung derselben zu?
31) Worin bestehen die Ehescheidungsstrafen des schuldigen Theils in Hinsicht auf

a) seine persönlichen, und
b) seine Vermögensverhältnisse?

32) Muß dem unschuldigen Theil auch das blos versprochene, aber nicht durch Tradition in sein Eigenthum übergegangene Heirathsgut verabfolgt werden?

33) Verliert der schuldige Theil nicht blos die lucra nuptialia, sondern auch sponsalitiam largitatem?

34) Findet privatio dotis nur als Strafe des Ehebruchs und der böslichen Verlassung statt, oder auch bei jeder anderen Schuld, durch welche die Ehescheidung begründet ist?

35) Findet die höchste Ehescheidungsstrafe auch bei dem präsumirten Ehebruch statt?

36) Kann die Ehescheidungsstrafe durch Compensation aufgehoben werden, wenn beide Theile auf verschiedene Art den Ehevertrag verletzt haben, z. B. der Mann durch Desertion, die Frau in der Folge durch Ehebruch?

37) Können die mit der Scheidung verbundenen Privatstrafen auch von den Erben des verletzten und gegen die Erben des verletzenden Theils gefordert werden?

38) Wann findet die actio rerum amotarum statt?

39) Ist zum Beweis des Ehescheidungsgrunds Eideszuschiebung zulässig? insbesondere auch, wenn es sich um den Beweis eines Ehebruchs handelt?

40) Wenn nach Fruchtlosigkeit der zulässigen Zwangsmittel gegen den die Fortsetzung der Ehe ohne rechtlichen Grund verweigernden Gatten der andere Gatte auf Scheidung klagt, kann die Klage dann durch freiwillige Unterwerfung des Ersteren unter das durch seinen Ungehorsam unwirksam gebliebene Erkenntniß elidirt werden?

Zu 1) Unbezweifelt findet die Trennung vom Bande alsdann statt, wenn ein Ehegatte noch vor der Vollziehung der Ehe ein feierliches Gelübde der Keuschheit ablegt; s. Concil. Trident. Sess. XXIV. de sacramento matrim. can. 6., weshalb auch nach cap. 7. X. de convers. conj. (3. 32.) die Eheleute nicht sogleich zum Beischlaf verpflichtet seyn, sondern zwei Monate Bedenkzeit haben sollen, ob sie die Ehe durch den Beischlaf vollziehen, oder in ein Kloster gehen wollen; denn nach vollzogenem Beischlaf findet der Eintritt in ein Kloster nur

mit Einwilligung des andern Ehegatten statt, und bewirkt auch nicht die Trennung dem Bande nach, can. 19. 21—23. causa XXVII. qu. 2. — can. 1. causa XXXIII. qu. 5. — cap. 1. 4. 6. 8. 18. X. de convers. conjug., Glück Thl. XXVI. S. 391., Richter Kirchenr. §. 268. I.

Auch in dem Fall, wenn von nicht christlichen Eheleuten ein Theil zum Christenthum übergeht, und der andere nun die Gemeinschaft mit ihm aufhebt, soll dem zum Christenthum übergegangenen Ehegatten nach can. 2. causa XXVIII. qu. 2. Decr. Grat. und cap. 7. X. de divort. die anderweitige Verehelichung erlaubt seyn; es herrschen aber darüber unter den katholischen Kirchenrechtslehrern noch abweichende Meinungen; s. Glück Thl. XXVI. S. 394. und die dort angeführten Autoren. Richter a. a. O.

Zu 2) In dem Fall des Ehebruchs, welchem andere unnatürliche Fleischesverbrechen gleich zu achten sind, der böslichen Verlassung und Nachstellungen nach dem Leben des Gatten; s. can. 6. causa XXXI. qu. 1. Alle andern Ehescheidungsgründe beruhen auf einer mehr oder minder strengen Auslegung der Lehre Christi, welche eigentlich nur ein negatives Princip aufstellt, daß die Scheidung oder das damals übliche Geben eines Scheidebriefs nicht um jeder geringfügigen Ursache erlaubt sey; denn da wäre es ja allerdings nichts weiter als ein Ehebruch; s. Matthäi 5, 32. 19, 3—6. 9. 11. 12. Wenn auch die Anforderungen des göttlichen Lehrers weiter gehen, so erscheinen sie doch nur als christliche Ermunterungen zu einer höhern und reinern Entwickelung der menschlichen Natur, indem Christus selbst nicht jeden Menschen zu deren Erreichung fähig hält; s. Matthäi 19, 11. u. 12., wenn es gleich immer sittliche Aufgabe für ihn bleibt, ihr nachzustreben. Die bürgerliche Gesetzgebung hat aber einen andern Standpunkt, als die Religion, welche sich die innere Erziehung des Menschen zur Aufgabe macht; daher die Legislation des Staats, welchem nicht allein an der Aufrechthaltung des Ehestandes, sondern auch daran gelegen seyn muß, daß er nicht zu Unheil und Verderben und wohl gar zu Verbrechen entarte, die weise Mitte beobachten muß, weshalb, wie unten no. 18. zu ersehen, in protestantischen Ländern in den meisten Fällen die Trennung vom Bande da eintritt, wo unter Katholiken Absonderung auf unbestimmte Zeit statuirt wird; s. Hartitzsch Eherecht §. 322. Richter a. a. O. §. 269.

Zu 3) Als gesetzliche Gründe zur beständigen Trennung von Tisch und Bett sind anzusehen:

1) Ehebruch und unnatürliche Fleischesverbrechen; c. 23. causa 32. qu. 5. — c. 5. X. de divort. (4. 19.)*); Richter a. a. O.
2) Abfall des andern Ehegatten vom Christenthum; can. 3. u. 6. c. 28. qu. 1. — cap. 2. u. 6. X. de divort. — cap. fin. X. de convers. conjug.**)
3) Gefahr für Leben und Gesundheit, entweder durch unmittelbare Nachstellung nach dem Leben des Andern; c. 1. X. de divort. (4. 19.), oder wegen grober Mißhandlungen, c. 8. u. 13. X. de rest. spol. (2. 13.). Dagegen s. Richter a. a. O.
4) Verführung zu schändlichen Handlungen, c. 2. X. de divort. (4. 19.) insbesondere zum Abfall vom rechten Glauben, c. 6. X. de divortiis.

Einstweilige Absonderung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit wird nach dem Ermessen des Richters auf den Grund solcher Umstände erkannt, welche dem Zweck der Ehe widerstreben, aber doch nicht fortdauernd sind, z. B. ansteckende Krankheiten; c. 8. u. 13. X. de rest. spol., s. Richter a. a. O.

Zu 4) Nach cap. 12. X. de praesumt. wird ein dringender Verdacht, oder ein höchst wahrscheinlicher Causalzusammenhang der äußern Erscheinung mit der versteckten Thatsache erfordert. Als violenta et certa suspicio fornicationis wird es l. c. erkannt, wenn Zeugen asseriren, quod solum cum sola, nudum cum nuda in eodem lecto jacentem viderunt, sed et in multis locis secretis et latebris ad hoc

*) Die böslich Verlassung wird von der Theorie und Gesetzgebung als gleich wirksam betrachtet; s. Declaration Pius VI. v. 11. Juli 1789., Eichhorn Kirchenrecht Bd. II. S. 471., gleichwohl ist die Praxis nicht gleichförmig; s. Jacobson im Rechtslex. Bd. III. S. 579. Dagegen ist Richter a. a. O.

Die katholische separatio perpetua wird particularrechtlich oft der völligen Scheidung quoad effectus civiles gleichgesetzt, z. B. nach preuß. Landr. Thl. II. Tit. 1. §. 734., Großherzogl. S. Weimarsches Ges. v. 7. Oct. 1823. §. 48. und dem Gewissen der getrennten Ehegatten überlassen, ob sie eine zweite Ehe schließen wollen.

Ist eine dauernde Separation ausgesprochen, so kann dieselbe doch wieder aufgehoben werden, und es steht dem unschuldigen Theil frei, den Andern wieder aufzunehmen, was jedoch erst nach strenger Buße geschehen soll. Hat aber der Unschuldige später selbst gefehlt, und die im Bande noch bestehende Ehe verletzt, dann ist er zur Herstellung der Ehe sogar genöthigt, c. 5. X. de divort. 4. 19., Jacobson a. a. O. S. 580.

**) [Nach Weber Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. Bd. II. (1838) S. 16. ff. u. Richter a. a. O. werden der Abfall vom Glauben, Desertion u. Verweigerung der ehelichen Pflicht mit Unrecht vom Standpunkt des Canon. R. aus hieher gerechnet.]

commodis et tam horis electis quam locis contigisse. Aehnliche Fälle sind es, wenn eine Frau sich mit einem andern Mann absichtlich in ein Zimmer einschließt, oder an einsamen Orten in einer verdächtigen Lage angetroffen wird, oder wenn sie mit ihm, ohne Beiseyn Anderer, in fremden oder Wirthshäusern übernachtet, can. 6. causa 34. qu. 1., Schott Eherecht §. 220. in not., Quistorp Beiträge no. 54. S. 850., oder wenn sie geraume Zeit in der Fremde herumzieht; s. Müller ad Leyser T. III. Fasc. II. pag. 69., Consil. Tubing. Vol. IV. Cons. 13. no. 34. Die Schwierigkeit des Beweises in solchen Fällen gestattet auch mindere Strenge in der Wahl der Beweismittel; z. B. wurde in einer Klage auf Ehescheidung wegen Ehebruchs bei dem Oberappellationsgericht in Wolfenbüttel die Person, mit welcher der Beklagte sich ehebrecherisch vergangen haben soll, als Zeugin zugelassen, da sie für ihre Person nicht als Ehebrecherin zu betrachten war, und das Verhältniß des Andern, als eines Ehemannes, ihr unbekannt seyn konnte; l. 6. §. 1. l. 34. §. 1. D. 48. 5. — l. 18. C. 9. 9., v. Bülow Abhandl. Thl. II. S. 241. Der Versuch des Ehebruchs genügt nicht zur Ehescheidung; s. Schmidt hinterlassene Abhandl. prakt. Rechtsmaterien II. S. 283.

Zu 5) Für die Verneinung dieser Frage spricht Schott im Eherecht §. 220., Hartitzsch Eherecht §. 322., indessen mag die Imputabilität nach Beschaffenheit der Fälle verschieden seyn.

Zu 5a) [Die Einrede der ertheilten Erlaubniß erscheint gegenüber der Scheidungsklage als giltig; die Genehmigung des Ehebruchs Seiten der Ehefrau kann freilich als ein pactum turpe dem Ehemann nie ein Recht auf die gestattete Unsittlichkeit geben, allein hier handelt es sich darum, ob die Frau sich ihres Anspruchs auf Scheidung begeben konnte, und ein solcher Verzicht ist statthaft. Buchka-Budde Entscheid. des O.-A.-G Rostock, Bd. II. S. 246—248.]

Zu 6) Dadurch, daß der andere Ehegatte entweder selbst, z. B. durch boshafte Verweigerung der ehelichen Pflicht, oder Desertion, s. c. 24. causa 27. qu. 2. — cap. 6. X. de eo; qui cogn. consanguin. (4. 13.), Kapff merkw. Rechtsfälle I. S. 179., die Veranlassung zum Ehebruch gegeben, oder wohl gar ihn gestattet, arg. l. 13. §. 5. D. 48. 5., oder denselben verziehen hat, can. 5. causa 32. qu. 7. — l. 13. §. 9. D. 48. 5., desgleichen durch gegenseitige Untreue, can. 1. causa 32. qu. 6. — c. 4. 5. X. de divort. (4. 19.) — cap. 6. u. 7. X. de adulter.

Die Einrede der Compensation hatte einer auf Ehebruch seiner Frau gegründeten Scheidungsklage des selbst eines Ehebruchs gestän-

digen Mannes nach c. 7. de adult. 5. 16. die Abweisung zugezogen. Ein neuer Ehebruch seiner Gattin veranlaßte ihn zu einer neuen Ehescheidungsklage gegen dieselbe. Hier konnte die früher stattgefundene Compensation, oder die Annahme, daß beide Ehebrüche nicht mehr für wirklich begangen anzusehen seyen, nicht noch einmal Platz greifen. Man würde sonst mit dem Begriff von Compensation excediren, und den von Seite eines Ehegatten einmal verübten Ehebruch zu einem Freibrief für den andern Ehegatten stempeln, welcher diesen für alle Zeiten, so lange die Ehe besteht, berechtigte, die eheliche Treue zu verletzen, s. Erk. des O.-A.-Ger. zu Dresden im Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1848. no. 41.

Zu 7) Nach cap. 6. X. de adult. und cap. 4. X. de divort. scheint nur der erwiesene beiderseitige Ehebruch diese Wirkung zu haben, jedoch pflegt man violentis praesumtionibus juris et de jure, oder solchen, wider welche nicht einmal ein Gegenbeweis zulässig ist, welche daher mehr als fictiones juris zu betrachten sind, s. Feuerlein Versuch einer neuen Theorie der Vermuthungen in v. Gönner's Archiv f. Gesetzgebung Bd. IV. S. 103., gleiche Wirkung zuzugestehen; s. Boehmer J. E. P. T. IV. Lib. IV. tit 19. §. 28., Glück Thl. XXVI. S. 447.

Zu 8) Ja; s. c. 6. X. de adulter., Kapff Diss. de compensatione circa maleficia §. 21., Henning vom Recht und Verlust des Vermögens bei erfolgter Scheidung durch Ehebruch Abth. II. §. 34. Glück a. a. O. S. 445.

Zu 9) Leyser Vol. IV. Sp. 260. Med. 7. bejaht diese Frage; da aber kein Ehegatte ohne obrigkeitliche Erlaubniß sich dem ehelichen Verhältniß und dessen Pflichten entziehen kann, so wird wohl mit mehr Grund nach Wernher Select. Obs. for. T. II. P. IX. Obs. 76. angenommen werden dürfen, daß nur ein willkürlich länger fortgesetzter Beischlaf für Verzeihung gelten könne; Seuffert's Bl. für Rechtsanw. Bd. XII. S. 349.

Zu 10) Nach can. 5. causa 31. qu. 1. und cap. 6. X. de eo qui duxit in matrim., nur dann, wenn mit dem Ehebruch auch Nachstellungen nach dem Leben des unschuldigen Ehegatten verbunden waren, oder sie bei dessen Lebzeiten sich schon die Ehe versprochen hatten. Diese durch Gratians irrige Auslegung älterer Canone entstandene Einschränkung des Eheverbots, welche auch in das protestantische Kirchenrecht übergegangen ist, hat aber durch einzelne Landesgesetzgebungen mit Recht Abänderungen erlitten; Glück a. a. O.

Zu 11) Ja; s. cap. 8. X. de eo, qui duxit etc.

Zu 12) Der Ehemann kann dann seine Frau verstoßen, sie kann aber weder den Mitverbrecher, noch einen Andern mehr heirathen; can. 6. causa 31. qu. 1. — c. 1. X. de convers. infidel.

Zu 13) Daß der Ehegatte sich ohne rechtmäßige Ursache, oder auf längere Zeit, als diese bestanden hat, entfernt, und entweder gar keine Nachricht von sich gegeben hat, oder durch obrigkeitliche Einschreitungen nicht zur Rückkehr bewogen werden konnte; Leyser Vol. V. Sp. 314. M. 1. Glück Thl. XXVI. S. 451.

Zu 14) Es tritt zuerst Vorladung des Abwesenden durch Requisitorialien oder allenfalls Edictalien zur Vernehmung auf die Klage ein, wenn die Absicht der Verlassung wenigstens durch rechtliche Vermuthungen dargethan, und insbesondere die Ausbringung von Edictalien durch glaubwürdige Attestate, z. B. durch Diligenzscheine der Obrigkeiten, bei welchen sich der verlassene Gatte erkundigt hat, und in deren Ermangelung durch den Diligenzeid motivirt ist. Bleibt der Beklagte auf diese Vorladung aus, so erfolgt wiederholte Vorladung zur Bescheinigung der Hindernisse seines Ausbleibens, und bei deren Fruchtlosigkeit die Edictalvorladung zur Anhörung des Scheidungsurtheils; s. Glück Thl. XXVI. S. 453. Zur Erkennung der Edictalvorladung gegen den der böslichen Verlassung angeklagten Ehemann wird eine halbjährige Abwesenheit, verbunden mit dem Mangel an Nachrichten für hinlänglich erachtet; s. Hagemann pr. Erörterung Bd. VI. S. 179., Richter Kirchenr. §. 269.

Zu 15) Dieses ist wohl nur nach Beschaffenheit der Umstände dem vernünftigen Ermessen des Richters zu überlassen, gemeiniglich aber pflegt man, beim Mangel einer rechtmäßigen Ursache der Entfernung, sowie aller Nachrichten, einen halbjährigen Zeitraum der Abwesenheit für hinreichend anzunehmen; Glück a. a. O. S. 452., Schott Eherecht §. 221. — cap. 5. X. de sponsal., nach dessen Ablauf die Edictalvorladung erlassen wird; Hagemann pr. Erört. Bd. VI. S. 179.

Zu 16) Er kann wegen bewirkten Verdachts der Untreue einen Reinigungseid verlangen, wenn der wiedergekehrte Gatte sich nicht durch unverwerfliche Zeugnisse über seinen unbescholtenen Lebenswandel ausweisen kann; s. Glück a. a. O. S. 455., Leyser Sp. 314. M. 5.

Zu 17) Manche betrachten diesen Fall blos als freiwillige Entsagung auf das erlangte Recht, und dem zu Folge als einfache Fortsetzung der Ehe, welche — so lange noch keine anderweite Verehelichung eingetreten ist, in der freien Macht der Ehegatten liege; Berger Electa Proc. matrim. §. 52., Wernher Comm. in Pand. T. II.

Lib. 24. tit. 2. §. 5. pag. 401., wogegen aber Glück Thl. XXVI. S. 456. der Meinung derer beistimmt, welche die Schließung einer neuen Ehe in gesetzlicher Form nöthig erachten, da die Rechtskraft des Scheidungserkenntnisses, als auf beide Theile wirkend und die vorigen Zustandsrechte aufhebend, die Ehe nicht mehr als bestehend anzusehen gestatte. [Richter a. a. O. Anm. 22. sagt: daß die Ehegatten die Separation durch freie Vereinigung aufheben können, versteht sich von selbst.]

Zu 18) Hierher sind zu rechnen:

a) boshafte und hartnäckige Verweigerung der ehelichen Pflicht (malitiosa quasi-desertio), s. Wiese Handb. d. Kirchenr. Thl. III. §. 424. S. 419., Hofacker Princ. jur. civ. T. I. §. 403., oder auch unnatürliche Leistung derselben; s. Boehmer J. E. P. Lib. IV. tit. 19. §. 33., Wiese a. a. O. S. 420., Hofacker a. a. O., oder vorsätzlich sich selbst zugezogenes Unvermögen dazu.

b) Nachstellungen nach dem Leben des Gatten nicht nur unmittelbar, sondern analog, s. Gottschalk sel. Discept. for. T. I. pag. 350., auch solche Thätlichkeiten, welche dessen Leben und Gesundheit in Gefahr setzen; Nov. 117. c. 8. — c. 8. u. 13. X. de restitut. spoliat. (2. 13.) — quippe quae ab ipsis insidiis vitae haud procul distare videntur; s. Gottschalk a. a. O., Leyser Vol. V. Sp. 315. Corroll. — Hommel Rhaps. Vol. VI. Obs. 716. — Hartitzsch Eherecht §. 314., Wiese Handb. S. 420., Schott Eherecht §. 222.

c) Verbrechen, welche Zuchthaus- oder andere beschimpfende Strafe zur Folge gehabt haben.*)

*) Die Schriftsteller differiren hier zwar sehr hinsichtlich der Dauer der Strafzeit, nach deren Maß sich die Zulänglichkeit dieser Scheidungsursache richten soll; s. Schott Eherecht §. 179. in not., Leyser Vol. V. Sp. 315. M. 8., Hommel Rhaps. Vol. V. Obs. 609. u. 612., Boehmer J. E. P. Lib. IV. tit. 19. §. 39. u. 40., Hofacker Princ. jur. can. §. 408., Wiese Handb. d. Kirchenr. Thl. III. §. 424. Allein bei Strafen, welche mit Verlust oder bedeutender Verminderung der Ehre verbunden sind, scheint die Dauer der Detention nicht das wesentliche Moment in der vorliegenden Beziehung; s. Glück Thl. XXVI. S. 460. §. 1268., und am wenigsten die lebenslängliche Dauer, wie Hartitzsch im Eherecht §. 317. dafür hält, erforderlich zu seyn.

Wenn eine Ehescheidungsklage auf Verbrechen des andern Gatten gestützt wird, soll es — nach einem Erk. des O.-A.-Ger. Dresden — darauf ankommen:

a) ob die Denkweise des Gatten, deren Aenderung so wenig als die seines Handelns erwartet werden kann, bei fortgesetzter Familienverbindung auf die Kinder verbindlich wirken muß;

d) Verhinderung der Zeugung und von Seite der Frau insonderheit vorsätzliche Abtreibung der Leibesfrucht; Wiese Handbuch Bd. III. S. 420., Schott Eherecht §. 222., Pufendorf Obs. jur. univ. T. I. Obs. 160. §. 28.

e) Sehr streitig ist der Fall, wenn ein Ehegatte den Andern wissentlich grober Verbrechen mit Unwahrheit beschuldigt, oder unerlaubte Handlungen begeht, wodurch Jener in Gefahr kommt, Ehre, Amt oder Nahrungsstand zu verlieren, und wenn der Mann die Frau zur feilen Unzucht auffordert; s. Hartitzsch Eherecht §. 318., Wiese a. a. O. Bd. III. §. 424. no. 8.

f) Wenn ein Ehegatte durch Trunk oder Verschwendung eine solche unordentliche und lasterhafte Lebensweise führt, daß die Gesundheit oder das Vermögen des andern Theils mit Gefahr und gänzlichem Verluste bedroht ist, und die von der Obrigkeit erfolgten Mahnungen nicht fruchten; s. Wiese Handb. d. Kirchenr. Thl. III. §. 424. no. 8.

Die Praxis dehnt übrigens die Ehescheidungsgründe auch weiter aus, z. B. Abfall vom Glauben, beständige Krankheit, Unfruchtbarkeit der Frau, Raserei und Gemüthskrankheit, gegenseitige Einwilligung.*)

---

b) ob vernünftig die Ehezwecke sämmtlich noch für den klagenden Gatten erreichbar bleiben, oder ob habituelle Liederlichkeit des Andern die Gefahr droht, daß insonderheit bei dem Manne Mangel der physischen Sustentation der Frau und Uebertragung des Mißkredits, worin er steht, auf die übrigen Familienglieder zu besorgen ist; s. Wochenbl. f. Rechtsf. 1852. S. 309. Nach einem Erk. d. O.-A.-G. in Jena kommt es dabei, wie wir so eben bemerkt haben, außer dem Fall einer entehrenden Strafe, durch welche das gegenseitige Vertrauen der Ehegatten, und somit der Zweck der Ehe, die Gemeinschaft des irdischen und geistigen Lebens aufgehoben wird, mehr auf den Charakter des dolosen Verbrechens, als auf die Dauer der Strafe an; s. Emminghaus Pand. S. 270. no. 51. und 53.

*) [Richter a. a. O. §. 269. sagt: Das Prinzip, welches in der Praxis der Consistorien herrschend wurde, war dieses: daß jede Verschuldung scheide, welche in ihrem vernichtenden Einflusse auf die Ehe dem Ehebruch gleichstehe. Dagegen ward erst später, infolge des Eindringens der rationalistischen Ansicht, auch das Unglück, welches den einen Theil betroffen, in die Reihe der Scheidungsgründe gestellt, und zuletzt hat die Preußische Gesetzgebung (A. L.-R. II. 1. §. 668. ff.), indem sie Scheidung sogar wegen freiwilliger Uebereinkunft gestattete, die kirchliche u. öffentliche Seite der privatrechtlichen ganz geopfert. — Gegen diese Laxität, sowie über die dagegen eintretende entschiedene Reaktion s. Richter a. a. O. Zahlreiche Beispiele von Scheidungsfällen enthält Seuffert's Archiv in allen Bänden.]

Zu 19) Auch dieses gehört zu den streitigen Punkten. Bejahend erklärt sich Hoffmann im Eherecht Kap. X. §. 87., Michaelis mosaisches Recht Thl. II. §. 120., Dabelow Eherecht §. 284., Thibaut System d. P. R. Bd. I. §. 425., Klein merkw. Rechtssprüche Bd. I. S. 104. u. 181., G. W. Böhmer's Grundriß des protestant. Kirchenr. Thl. II. Bd. II. Abschn. 10. S. 167., Schmalz Handb. des canonischen Rechts §. 314. Andere lassen hier blos Absonderung von Tisch und Bett zu, Cocceji jus controv. T. II. Lib. 24. tit. 2. qu. 5., Schott Eherecht §. 222., G. L. Böhmer's auserlesene Rechtsfälle Bd. 1. no. 27. S. 217., oder wie die Gesetze Oesterreichs und anderer Staaten zwar die Scheidung, jedoch erst nach Fruchtlosigkeit der vorhergegangenen Separation und Aussöhnungsversuche; Schott Eherecht §. 179., G. L. Boehmer Princ. jur. can. §. 408.

Das O.-A.-G. in Dresden baute in einem Erk. v. J. 1850 die Entscheidung auf folgende Grundlage:

a) die Analogie ist aus der Lehre von der Scheidung wegen Lebensnachstellungen zu entnehmen; folglich gehören hierher zahlreiche specielle Thatsachen von solcher Beschaffenheit, daß die Gefährdung der Gesundheit des klagenden Theils, durch Aerger und Kränkung bereitendes Verhalten, nach dessen individuellen Körper- oder Gemüthszuständen begründet, vernünftig anzunehmen.

b) In der Regel werden blos solche Drohungen mit Lebensgefahr, welche in räumlicher Nähe des Bedrohten ausgestoßen wurden, genügen. Indeß kann ausnahmsweise auch auf andere Rücksicht genommen werden, falls nur der Charakter und die Vorgänge in früherer Zeit den Drohenden verdächtig machen.

Ein Bestärkungseid des klagenden Theiles über seine ernstliche Besorgniß kann passend erscheinen; s. Zeitschr. f. Rechtspfl. IX. S. 285.

Zu 20) Mehrere behaupten, daß kein malum superveniens die Auflösung der Ehe zu bewirken vermöge, und dieses nur durch landesherrliche Dispensation zu bewirken sey; Schott Eherecht §. 223. in not. S. 530., Wiese Handb. d. Kirchenr. Thl. III. Abth. I. §. 424., Boehmer J. E. P. T. III. Lib. IV. tit. 8. §. 2—5., Schnaubert Grunds. d. Kirchenr. d. Protestanten §. 257., Hofacker Princ. jur. civ. T. I. §. 403., G. L. Boehmer Princ. jur. can. 408., Hommel Rhaps. Vol. VI. Obs. 758. Richter a. a. O. §. 269.

Diesen Ansichten folgte auch das Consistorium zu Hannover und das O.=A.=G. zu Celle, welches früher insania superveniens als Scheidungsgrund hatte gelten lassen; s. jurist. Ztg. f. Hannover Jahrgang 15. H. 3. S. 63., in späteren Entscheidungen s. Annalen des Advocatenvereins zu Hannover N. F. Bd. I. S. 503. Doch gewährt landesherrliche Dispensation Abhilfe; Glück Thl. XXVI. S. 464. Das Magazin für Hannoverisches Recht Bd. II. S. 167. erwähnt solcher landesherrlicher Entscheidungen, wenn es sich darum gehandelt hat, einen rechtlich nicht anerkannten Scheidungsgrund (z. B. insania superveniens) zur Geltung zu bringen.

Andere hingegen erkennen in allen den Zweck der Ehe unerreichbar machenden unvorherzusehenden Zuständen selbst für den Richter eine wichtige Ursache der Auflösung des Ehebands, und verdienen um so mehr Beachtung, als die Gesetze selbst hiermit übereinstimmen; cf. can. 16. 25. 26. causa 32. qu. 7. — l. 22. §. 7. D. 24. 3. — can. 18. causa 32. qu. 7., Leyser Vol. V. Sp. 315. M. 2., Höpfner Institt. Comm. §. 129. S. 173., Pufendorf Obs. jur. univ. T. I. Obs. 160. §. 32—35., s. insbesondere wegen unheilbarer Krankheiten Leyser Vol. V. Sp. 315. M. 10., Hartitzsch Eherecht §. 317., wegen Wahnsinn Leyser a. a. O. M. 2., Hoffmann Eherecht §. 87., Dabelow Eherecht §. 284., Hartitzsch a. a. O., wegen Impotenz Leyser Sp. 315. M. 3. u. 4., Dabelow a. a. O. §. 284., Schott Eherecht §. 81., Hofacker I. §. 103., Hellfeld Jurispr. for. §. 1268., Hartitzsch a. a. O. §. 317. Diese Grundsätze sind auch im preußischen Landrecht angenommen, welches als raison écrite auch anderwärts Beachtung verdient. Nur darf man nicht zu weit gehen, wie denn z. B. übelriechender Athem nach c. 25. X. de jurej. u. c. 3. X. de coujugio leprosorum nicht als Divortialgrund gelten kann; Boehmer J. E. P. T. IV. Lib. I. §. 174., Leyser a. a. O., Schott Eherecht §. 135.

Was Trennung der Ehe wegen ansteckender Krankheiten betrifft, so befolgt das O.=A.=G. in Dresden die Regeln, daß 1) dergleichen, wenn der eine Theil ohne Wissen des andern vor der Ehe damit behaftet war, Nichtigkeit zu Gunsten des letztern wirkt; 2) dasselbe aber bezüglich solcher Krankheiten jener Art, womit der Gatte während der Ehe befallen wird, nur von der unheilbaren Lustseuche gilt; Kori Erört. Thl. III. S. 137. ꝛc.

Daß Wahnsinn, Verstandeszerrüttung, Melancholie, wenn die völlige Unheilbarkeit außer Zweifel gesetzt ist, als Scheidungsgrund gelten, urtheilt derselbe Gerichtshof im J. 1845. (s. Em=

minghaus Pand. S. 268. no. 45.) und ebenso Ao. 1849., s. Ackermann Rechtssätze N. F. I. S. 314., Wochenbl. f. R. F. 1852. S. 359. übereinstimmend mit J. H. Boehmer Dec. III. I. 96., Brückner Dec. c. 23., Leyser Sp. 315. M. 2. in Erwägung, daß durch solche Zustände selbst die eheliche Beihilfe für immer aufgehoben wird, und demnach, um sie als Scheidungsgrund, wenn sie während der Ehe entstanden sind, anzusehen, nicht erst noch erfordert werden könne, daß aus der Fortsetzung der Ehe für den andern Theil Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit entstehe,*) vergl. Weber Kirchenr. II. 3. S. 1274. Ex dispensatione Principis erachtet die Scheidung u. A. für zulässig Glück Thl. XXVI. S. 464.

Entgegengesetzt wurde in einem von dem O.=A.=G. Jena bestätigten Urtheil der Heidelberger Facultät v. J. 1828. über eine gleichfalls unter Protestanten erhobene Scheidungsklage entschieden; s. Martin Jahrb. Bd. II. S. 103., dessen wesentliche Gründe dahin lauten: Sieht man auf das canonische Recht, so spricht c. 18. C. 32. qu. 7. mit bestimmten Worten bei jeder eingegangener Ehe auf einen Ehetheil fallenden infirmitas, worunter also auch der Wahnsinn gehört, sobald sie die Vollziehung des Beischlafs hindert, aus, daß die Scheidung zulässig, ja rathsam sey. Allein c. 25. 26. ib. widersprechen. Sämmtliche canones rühren aber aus einer Zeit her, in der das spätere dogma, daß die Ehescheidung gar nicht stattfinde, noch nicht festgestellt war. Die Analogie aus den späteren Decretalen c. 2. X. IV. 8. — c. 25. X. II. 24. — c. 14. X. III. 32. kann nichts entscheiden, indem im protestantischen Eherecht die veränderte Ansicht der Protestanten, welche wirklich Scheidung zulassen, alle solche Entscheidungen, die auf dem katholischen Lehrsatz beruhen, natürlich kraftlos macht. Ein fester Gerichtsbrauch hat sich nicht gebildet. Betrachtet man aber die Quellen, aus denen bei den Protestanten die Entscheidungen in Ehesachen geschöpft werden müssen, so zeigt sich, daß das frühere römische Recht, auf das hierbei zurückzukehren ist, zwar in l. 22. §. 7. D. 24. 3. den Wahnsinn für einen Scheidungsgrund erklärt; wogegen aber Justinian in Nov. 117. c. 8. 9. 12. alle einzelnen Scheidungsgründe angab, und zugleich bestimmt die Zu=

*) Durch die Scheidung wird übrigens die Verbindlichkeit des Ehegatten, den durch eine solche Krankheit zur Leistung der ehelichen Pflichten unfähig gewordenen Ehegatten auf eine seinem Zustand angemessene Art zu versorgen, nicht aufgehoben; non tamen subsidii opem subtrahat (vir) ab illa, quam infirmitas praependit, non detestabilis culpa excludit, c. 18. C. 32. qu. 7.

lassung eines andern untersagte, so daß hiernach die Frage verneint werden muß. Ebenso enthält das neue Testament, das bekanntlich in der Regel als Entscheidungsquelle in der Lehre von der Scheidung angesehen wird, außer dem Ehebruch und der böslichen Verlassung keine Gründe. Sie sind zwar in der Praxis ausgedehnt; allein aus der Vergleichung der römischen Principien mit jenen Bestimmungen des Evangeliums und des Apostels Paulus ergibt sich, daß stets die Scheidung nur durch Verschuldung eines der Gatten herbeigeführt werden dürfe, indem alle sonst noch zugelassenen Ursachen, als hartnäckige Verweigerung der ehelichen Pflicht, unnatürliche Unzucht, Lebensnachstellungen und tödtliche Feindschaft, eine culpa oder einen dolus des einen (im letzten Fall sogar beider) Ehegatten voraussetzen, welcher Grundsatz durch die Analogie der beiden Scheidungsgründe des neuen Testaments unbedingt nothwendig wird.

Zu 21) Nein; s. Schott a. a. O. §. 220. not., Boehmer Princ. jur. can. §. 410.

Zu 22) Da dieselbe gewöhnlich nur als ein Versuch angewendet wird, um durch die Zeit das Uebel zu heilen, so entscheidet darüber das richterliche Ermessen nach Abwägung der Umstände, und sie kann auch wegen blos einseitigen Hasses, wegen Mißhandlungen, schweren Beleidigungen und Drohungen, Zanksucht, desgleichen wegen unordentlicher Lebensart und Wirthschaft des einen Ehegatten verfügt werden; im letzten Fall besonders dann, wenn der Mann nicht mehr im Stande ist, Frau und Kinder zu ernähren; s. Quistorp Beitr. S. 339., Püttmann Advers. jur. Lib. I. cap. 8. — Wenn aber mehrjährige Separation nicht gefruchtet hat, so muß die Scheidung erfolgen; Pfeiffer rechtl. Ausführungen Bd. III. S. 329.

Wiederholte kränkende und beleidigende Reden der Schwiegereltern, bei denen die Eheleute seither wohnten, können für die Frau die Folge haben, daß sie mit einem Zwange zur Rückkehr in das Haus der erstern verschont, und vielmehr Trennung vom Tisch so lange ausgesprochen wird, bis der Ehemann eine von der seiner Eltern abgesonderte Wohnung sich verschafft hat; s. Erk. der Facultät Jena in Emminghaus Pand. S. 265. no. 36.

Zu 23) — a) Der unschuldige Theil erhält nicht nur sein Vermögen zurück, sondern es ist auch die Frau, wenn jenes zu ihrem standesmäßigen Unterhalt nicht hinreicht, noch weiter berechtigt, einen Unterhaltsbeitrag vom schuldigen Gatten zu fordern. Sie behält auch Namen, Rang und Stand, sowie den Gerichtsstand des geschie-

denen Gatten. Das Erbrecht*) der Ehegatten fällt natürlich durch die Scheidung weg. Die Wiederverehelichung wird der Frau nur nach Ablauf eines Jahres (h. z. T. gewöhnlich nach 9 Monaten) gestattet; l. 8. §. 4. l. 9. C. 5. 17. — l. 53. §. 3. C. 1. 3.

b) Der schuldige Theil erhält sein Vermögen nur so weit zurück, als er es nicht zur Strafe verliert.**) Wenn die Frau schuldiger Theil ist, so darf sie wider Willen des Mannes dessen Namen nicht fortführen; s. Glück Thl. XXVI. §. 1269.

Dagegen wurde die Frage: ob der geschiedenen Ehegattin als unschuldigen Theil die Fortführung des Namens ihres Ehemannes ungeachtet des Widerspruchs des Letztern zu gestatten sey, vom O.-A.-G. in München bejahend entschieden. Es wurde im Mangel eines Gesetzes und eines Gewohnheitsrechts in Erwägung, daß die Annahme der Familiennamen der Männer von Seite der Frauen nicht kirchlicher Natur, sondern lediglich eine Folge der politisch bürgerlichen Einrichtungen der neueren Staaten sey, die Analogie der protestantischen Ehetrennungen, welche für den schuldigen Theil allein den Verlust des Rechts, den Namen des Mannes fortzuführen, zur Folge haben, und die Natur der Sache zum Grund gelegt. Indem nämlich die Annahme des Namens des Mannes wohl nur darin ihren Grund habe, daß eine Jungfrau diesen als Ersatz für den Austritt aus dem bisherigen Familienstand erhalten, und daß hierdurch öffentlich anerkannt werden sollte, sie habe auf rechtliche Weise ihren jungfräulichen Stand aufgegeben, darf der unschuldig geschiedenen Gattin dieses äußere Criterium nicht entzogen werden. Der Einwand, eine jüdisch geschiedene Ehefrau kehre nach dem 3. Buch Moses Kap. 22. V. 12. 13. in die elterliche Familie zurück, wurde für unbegründet erachtet, weil hier nur von einem freiwilligen Zurücktreten der geschiedenen kinderlosen Frau in die elterliche Familie die Rede sey; s. Arends Samml. interessanter Erkenntnisse Bd. II. S. 426.

Zu 24) Aus dem Grundsatz des cap. 2. X. de divortiis et repud. (4. 19.) licet separentur, semper tamen conjuges erunt, folgt von selbst, daß nur die auf das Zusammenleben und die eheliche Beiwohnung der Ehegatten bezüglichen Rechte und Pflichten durch die Absonderung auf Lebenszeit erlassen werden. Daher erhält die Frau ihr Heirathsgut und sonst eingebrachtes Vermögen zurück, und was in der Ehe gemeinschaftlich gewonnen worden, davon muß ihr der Mann die Hälfte herausgeben; cap. 2. X. de donat. inter vir. et uxor.

*) Hiervon wird, in der letzten Abtheilung dieses Werks die Rede seyn.

**) Vergl. no. 31—38. dieses Paragraphen.

Vereinigen sich die Ehegatten freiwillig wieder, so bedarf es da nicht, wie bei den Protestanten, einer neuen Schließung der Ehe.

Im Falle einer zeitlichen Trennung hat der Ehemann der Frau standesmäßigen Unterhalt zu reichen; c. 2. X. de divort. (4. 19.), Boehmer J. E. P. Lib. IV. tit. 19. §. 49., Leyser Vol. V. Sp. 313. M. 6. Hofacker Princ. jur. civ. T. I. §. 409., Mittermaier Grundſ. d. deutsch. Privatr. §. 362. u. 392.

Zu 25) Bei der Concurrenz des öffentlichen und des Privatrechts und dem Interesse, welches der Staat an dem Ehestand nimmt, wird — wo nicht Landesgesetze anders bestimmen, und entweder auf das mosaische Recht oder auf das Landrecht verweisen — gewöhnlich angenommen, daß sie nach gemeinrechtlichen Grundsätzen zu entscheiden seyen, weil die jüdischen Ehegesetze nicht ceremoniales, sondern forenses seyen, und ihre Ehen blos als bürgerliche Verträge beurtheilt würden; s. Boehmer J. E. P. T. IV. Lib. V. tit. 6. §. 43., Struben rechtliche Bedenken Bd. III. no. 65., Schröter jurist. Abhandl. Bd. I. S. 122. Danz Handb. d. deutsch. Privatr. Bd. VII. §. 638. S. 217. u. 225. Gegründeter scheint jedoch die Ansicht derjenigen Rechtslehrer, welche die jüdischen Ehescheidungen durchaus dem mosaischen Recht unterwerfen; s. Mittermaier deutsch. Privatr. §. 108., Terlinden Abhandl. über die Trennung der jüdischen Ehen. — Auf das Bestimmteste sind die jüdischen Ehescheidungen dem mosaischen Recht unterworfen im Oesterreichischen Gesetzb. Thl. I. §. 123—136., Preuß. Landr. Thl. II. Tit. I. §. 137. und die Preuß. Verordn. vom 11. April 1803., ingleichen in Bayern sowohl nach Kreitmayr's Anmerk. zum Cod. Max. civ. P. V. Cap. 20. §. 3. lit. f. und P. I. Cap. VI. §. 40. no. 5., als auch nach neueren oberappellationsgerichtlichen Präjudicien, s. v. Zu-Rhein Zeitschrift Bd. III. S. 164. u. Seuffert's Blätter für Rechtsanw. Bd. II. S. 293. u. Bd. VII. S. 56., wo auch durch ein Beispiel die außerdem entstehenden Collisionen in einem Fall vor Augen gestellt sind, wo einem von den ordentlichen Gerichten mit der Erlaubniß der Wiederverehelichung geschiedenen jüdischen Ehemann diese gleichwohl dadurch verhindert wurde, daß der Rabbiner dessen Trauung so lange verweigerte, bis die frühere Ehe durch die in der jüdischen Religion vorgeschriebenen Scheidungsceremonien aufgehoben seyn werde, welche dadurch vereitelt wurden, daß die Frau sich beharrlich weigerte, sich diesen zu unterwerfen. Sie bestehen nämlich darin, daß die von einem s. g. Zehngebotschreiber auf Pergament zu schreibende Scheideformel in Gegenwart und unter Leitung des Rabbiners von der Hand des Mannes in die Hände der

zu scheidenden Frau gelegt wird; vergl. v. d. Nahmer Sammlung merkw. Entscheidungen Bd. II. S. 77.

In Bayern sind durch das Gesetz vom 29. Juni 1851, die bürgerlichen Rechte der israelitischen Glaubensgenossen betr., die civilrechtlichen Verhältnisse der Juden geregelt und sollen insbesondere in Beziehung auf die Bedingungen und Form der Eingehung der Ehe, sowie in Beziehung auf Ehehindernisse und Ehescheidung die Juden auch ferner unter denjenigen besonderen Gesetzen verbleiben, welche mit ihrer Religion unzertrennbar zusammenhängen, während in Ansehung des übrigen bürgerlichen Rechts der Juden alle Ausnahmsbestimmungen aufgehoben sind und für die israelitischen Glaubensgenossen die für die Christen geltenden Civil- und Proceßgesetze in Anwendung kommen.

Ueber die civilrechtlichen Verhältnisse der Juden im Allgemeinen siehe insbesondere noch Fassel, Oberrabbiner in Großkonische, das mosaisch-rabbinische Civilrecht, bearbeitet nach Anordnung und Eintheilung der neueren Gesetzbücher und erläutert mit Angabe der Quellen. Wien u. Großkonische 1852—1854. (Mit Unterstützung der K. K. Academie der Wissenschaften herausgegeben.)

Wenn in Seuffert's Blättern für Rechtsanwendung Bd. VII. S. 61. nicht ohne Grund gesagt ist, daß in der Materie des jüdischen Ehescheidungsrechts in der Doctrin und Praxis ein fast undurchdringliches Dunkel obwalte, so läßt sich annehmen, daß dem Geschäftsmann folgende essentielle Uebersicht nicht unwillkommen seyn werde.

Für das jüdische Eherecht liegt die einzige ächte Quelle im 5. Buch Mose Kap. 24. V. 1—4. und ihr absolute Autorität zuzuschreiben, dürften wir uns besonders durch die Betrachtung berechtigt halten, daß es als göttliches Gesetz gilt. Die Israeliten hatten ja nur Ein Gesetz, das Gesetz Gottes, welches ihnen von Mose überliefert war, in welchem Sittengesetz, Rechtsgesetz und Polizeigesetzgebung vereinigt lagen.

Moses erkennt die Ehescheidung als etwas unbezweifelt Erlaubtes, und bindet sie blos an gewisse äußere Formvorschriften, nirgends aber an materielle Bedingungen. Er sagt im V. 1.; „wenn Jemand ein Weib nimmt, und ehelichet sie, und sie nicht Gnade findet vor seinen Augen um etwa einer Unlust willen,*) so soll er einen Scheidebrief schreiben und ihr in die Hand geben, und sie aus seinem Hause lassen.“ In den folgenden V. 2—4. beschränkt

*) So nach der Lutherischen Bibelübersetzung.

er die Freiheit des geschiedenen Mannes dahin, daß er die von ihm geschiedene Frau nicht wieder ehelichen darf. Durch die erste Vorschrift wollte er jeder Ungewißheit vorbeugen, welche hinterher darüber entstehen konnte, ob die Ehetrennung wirklich und bleibend beabsichtet gewesen sey, und ob also das Weib der ehelichen Pflichten wirklich entledigt sey. Er band daher das Faktische an ein äußeres constantes Willenszeichen.

Der Hauptzweck der im V. 2 — 4. festgesetzten Beschränkung war vielleicht dahin gerichtet, dem unter uncivilisirten Völkern häufig vorkommenden Brauch des Frauentausches durch das Verbot entgegen zu treten, daß die geschiedene Frau, welche in anderweite Ehe getreten, nach der Scheidung vom zweiten Mann oder auch nach dessen Tod nicht wieder vom ersten Mann geehelicht werden durfte.*)

Daß es also nach mosaischem Rechte weder eines speciellen Rechtsgrundes und dessen Beweises, noch eines contentiösen Verfahrens, noch eines Rechtserkenntnisses bedürfen konnte, liegt klar vor Augen. Ganz übereinstimmend damit ist Maleachi Kap. 2. V. 16.; s. Michaelis Mosaisches Recht Thl. II. S. 326. §. 19. In den Worten: „wenn sie (die Frau) nicht Gnade findet vor seinen Augen um etwa einer Unlust willen," ist offenbar nur das innere Motiv des Mannes, aber kein Rechtsgrund, keine Thatsache, welche erst ein Recht zu erzeugen vermöchte, verstanden. Ein an sich auflösliches Band bedurfte keiner Bedingung der Auflösbarkeit. Dies bestätigt sich durch eine Vergleichung des V. 1. mit V. 3. Kap. cit. Dort heißt es: „wenn sie nicht Gnade findet vor seinen Augen," hier: „wenn er ihr gram wird." Auch die Auffassung Christi ist dieselbe, wie man aus Evang. Matth. Kap. 19. V. 8. u. Evang. Marci Kap. 10. V. 2 — 5. sieht.

In der Vorschrift Mosis liegt augenscheinlich nichts, was die Ehescheidung beschränken, sondern was sie kennzeichnen und als eine vollendete Thatsache hinstellen sollte. Insofern umgab Moses die Ehescheidung mit Bedingung und Form, wie sie geeignet ist, als unzweifelhafter Ausdruck der Scheidungsabsicht erkannt zu werden, und das Weib zu anderweiter Verehelichung zu berechtigen. Zu dem innern Criterium der Scheidung, Trennung der Gemüther, mußte ein äußeres Criterium

*) Nach dem von Mahomet zum Theil in geschriebenes Recht verwandelten Arabischen Herkommen durfte der Mann sich zweimal, aber nicht öfter scheiden, die geschiedene Frau durfte er aber nur dann wieder nehmen, wenn sie darauf einen andern geheirathet hat und von diesem wieder geschieden worden ist; Michaelis Mosaisches Recht Thl. II. S. 327. ꝛc.

durch Ertheilung des Scheidebriefs und Entfernung der Frau von dem Hause sich gesellen.

Allein, wie in einem Erkenntnisse des k. Bayer. Appellationsgerichts von Mittelfranken (s. Seuffert's Blätter a. a. O.) ganz richtig bemerkt ist, nicht das reine mosaische Recht, wie es in den treffenden Stellen der 5 Bücher Mosis entwickelt ist, sondern das s. g. Talmudrecht, wie sich solches nach der Auslegung und den Satzungen der Schriftgelehrten und Rabbiner, dann nach Gebrauch und Herkommen gebildet hat, kommt h. z. T. zur Anwendung. Die Schule des Lebens hatte die Nothwendigkeit gelehrt, die Befugniß der Ehescheidung zu beschränken. Zu dem Ende kehrten die Talmudisten das, was von Mose blos als innerer Bestandtheil des Scheidungsbegriffes angezeigt war, zu einer rechtlichen Bedingung der Ehescheidung um.

Da sie damit die Grenzen bloßer Interpretation überschritten, so war eine Zersplitterung in dreierlei verschiedene Meinungen darüber, was eigentliche Bedingung sey, die natürliche Folge hiervon.

Indem das, was Moses blos als Entstehungsursache des ehemännlichen Widerwillens bezeichnet hatte (Ervath dabar nach dem hebräischen Urtext, oder pro aliqua foeditate nach der Vulgata), nun als Rechtsgrund der Scheidung gelten sollte, kam Alles auf den Sinn dieser zwei Worte an, deren mehrfache Auslegungen aber alle eine Unbestimmtheit an sich tragen.

Die Schule Schammai versteht darunter eine Verletzung der Schamhaftigkeit, und indem sie dem Ausdrucke Ervath dabar gleiche Bedeutung mit Dabar ervah Sache der Schamhaftigkeit beilegt, versteht sie unter Ervath dabar das Schamverletzende einer Sache.

Die Schule Hillel erfordert zwar ebenfalls einen Mangel im Verhalten der Gattin als Grund zur Scheidung, ihr genügt aber jeder physische und moralische Fehler, wodurch der Widerwille des Gatten gerechtfertigt erscheint.

In zwei andern biblischen Stellen findet man nämlich die Worte Ervath dabar bald etwas Unsittliches, bald Mangel und Schwäche bezeichnend. Ersteres im 5. Buch Mose, Kap. 23. V. 12—14., wo Moses den Juden Reinlichhaltung des Lagers befiehlt, daß kein Ervath dabar (aliqua foeditas) darin gesehen werde. Das zweite im 1. Buch Mose, Kap. 42. V. 12., wo Joseph gegen seine Brüder den Verdacht, als kämen sie als Spione, mit den Worten ausdrückt: Ihr seyd gekommen zu sehen, wo das Land offen (Ervath) ist, — wo die Blöße oder die schwache, dem Angriff am meisten offen stehende Seite des Landes ist.

Rabbi Akiba geht am weitesten und findet die Berechtigung des Mannes zur Scheidung schon damit begründet, daß er an seiner Ehefrau kein Wohlgefallen hat, weil er eine andere schönere findet.

Die Auffassung der Schule Schammai wird durch Sprachforschung älterer und neuerer Gelehrten nicht gerechtfertigt, sondern vielmehr die der Schule Hillel. Moses Mendelssohn übersetzt: „indem er etwas Schändliches an ihr wahrgenommen," wozu dessen hebräischer Commentar sagt: „Ervath dabar, etwas Verächtliches und Verwerfliches; nach der richtigen Auslegung bezieht sich das nicht auf Verbrechen der Unzucht allein, sondern auf alles Verächtliche am Weibe, was es um die Gunst des Mannes zu bringen geeigenschaftet ist." Gesenius im hebräischen Wörterbuche übersetzt Ervath dabar als „etwas Unanständiges in Beziehung auf irgend einen Makel, den Jemand an einem Weibe findet." J. Salvador in seinen mosaischen Institutionen: „wegen eines schimpflichen Umstandes." Dr. Salomon in seiner Bibel für Israeliten übersetzt: „weil er eine Blöße an ihr entdeckt."

Die Lehre der Schule Hillels ist bei den Israeliten zu einer rechtsgiltigen Observanz erhoben, und heißt es im Tur Eben Haeser Cap. 119.: „Die rechtsgiltige Observanz ist die Lehre Hillels, daß der Gatte sich von seiner Frau scheiden darf, wenn sie gegen ihn pflichtwidrig gehandelt hat." Nur wird daran die schon in der Gemara (Gittin 90b) vorkommende Beschränkung geknüpft, daß der Gatte nicht voreilig handeln möge mit der Scheidung von einer erstehelichen Frau, indem eine solche nicht durch Schamhaftigkeits-Verletzung motivirte Scheidung zwar nicht durch äußeren Zwang als ungiltig erklärt werden darf, aber doch als Gott mißfällig unterbleiben soll.

Nicht Talmudisch aber Rabbinisch, auch nicht ohne biblischen Anhaltspunkt, s. 2. Buch Mose, Kap. 21. V. 10. u. 11., Michaelis Mosaisches Recht Thl. II. S. 854. §. 120., und zur wirklichen Praxis erhoben ist die spätere Bestimmung, daß ein Zwang der Ehefrau zur Scheidung nicht absolut stattfindet, vielmehr mit dem Bann des Rabbi Gerson belegt ist, ausgenommen in den im Eben Haeser (oder von den Ehegesetzen) Kap. 119. umständlich auseinander gesetzten besonderen Fällen, welche im 17. Abschn. §. 1—4. der Ritualgesetze der Juden, entworfen von dem Verf. der philosophischen Schriften (Moses Mendelssohn, Berlin 1778), wesentlich enthalten sind.

Isidor Kaim in Weiske's Rechtslex. Bd. V. S. 839. sagt, ohne besondere Quellen anzuführen: nach späterem jüdischen Rechte bilden Unfruchtbarkeit nach 10 Jahren der Ehe, körperliche, während der Ehe entstandene oder geoffenbarte Gebrechen, wenn solche auch

dem Zweck der Ehe nicht hinderlich sind, und schlechte Sitten die Gründe zur Scheidung. Irrig wurde in einem in Seuffert und Glück's Blättern f. Rechtsanw. Bd. XIV. S. 237. angeführten Erkenntnisse angenommen, daß auch beim Vorhandenseyn eines giltigen Ehescheidungsgrundes dessen Geltendmachung immer davon abhänge, daß der Mann seine Frau zuvor verwarnt habe. Die nöthige Verwarnung von Seite des Mannes, wovon im Eben Haeser Abschn. 115. §. 4. die Rede ist, bezieht sich blos auf das Recht des Mannes, seiner Frau die stipulirte Morgengabe „Katuba" vorzuenthalten, nur diese Vorenthaltung setzt vorhergegangene Verwarnung voraus, aber als Vorbedingung zur Scheidung ist sie durchaus nicht erforderlich und nirgends vorgeschrieben. In allen Staaten, wo die Ehescheidung nach mosaischem Rechte zu beurtheilen ist, wird vor Fällung des Erkenntnisses ein Rabbinisches Gutachten einzuholen seyn. Dieses Verfahren, welches man in einem Urtheil des Nassauischen O.=A.=Ger. (s. dessen Rechtssprüche Bd. II. S. 77.) beobachtet findet, dürfte dem des k. b. App.=Gerichts (s. Seuffert und Glück a. a. O.) welches den Beweis des Rechts auflegt, vorzuziehen seyn.

Die Frage, ob das von einer jüdischen Ehegattin bei Veranlassung eines über ihre Ehescheidung vor Gericht mit ihrem Ehemann geschlossenen Vergleichs gemachte Versprechen, den Scheidungsbrief von ihm annehmen zu wollen, eine civilrechtliche Klage auf Erfüllung begründe, wurde von dem Oberappellationsgericht in Bayern verneinend entschieden; s. Seuffert und Glück Blätter f. Rechtsanw. Bd. XIV. S. 400.

Es unterliegt übrigens in Praxi keinem Zweifel, daß die jüdische Ehefrau, wenn gleich sie ihrem Manne keinen Scheidebrief geben kann, doch gegen ihn auf Ertheilung des Scheidebriefs klagen könne; Beck de jure Judaeor. Cap. VII. §. 18., Gründler Polemik des germanischen Rechts Bd. I. S. 191. §. 139., Böhmer's Rechtsfälle Thl. I. no. 23.

Ob die jüdische Ehe durch den Uebergang eines jüdischen Ehegatten zur christlichen Religion von selbst als aufgelöst zu betrachten sey, oder, wo nicht, ob Separation oder Scheidung einzutreten habe, darüber sind sowohl die neueren Gesetzgebungen als die gemeinrechtlichen Autoritäten getheilt. Das Oesterreichische bürg. Gesetzbuch §. 136. statuirt: „durch den Uebertritt eines jüdischen Ehegatten zur christlichen Religion wird die Ehe nicht gelöset." — Das Preußische Landr. Thl. II. Tit. I. §. 715. nimmt an: „Insoweit als der Unterschied der Religion von Anfang an ein Ehehinderniß

ist (was nach §. 36. das. bei den Ehen zwischen jüdischen und christlichen Glaubensgenossen der Fall wäre), insofern gibt ein Ehegatte durch Veränderung seiner bisherigen Religion dem Andern rechtmäßigen Anlaß, auf die Scheidung zu klagen." Nach den Satzungen des Kirchenrechts läßt sich angeachtet mancher Differenz der Schriftsteller, vergl. Schott Eherecht §. 217., Beck de jure Judaeorum Cap. VII. §. 29., Gründler Polemik des germ. Rechts §. 137. mit Bestimmtheit behaupten, daß der Uebertitt des einen Ehegatten zur christlichen Religion eine Nichtigkeit der Ehe nicht zur Folge habe; s. Korinther I. Kap. 7. V. 12—14. — c. 7. u. 8. X. de divort (4. 19.); aber eben so wenig stellt irgend ein Gesetz denselben als einen Scheidungsgrund auf; s. Boehmer J. E. P. T. III. Lib. III. tit. 33. §. 65., v. Hartitzsch Eherecht §. 57. S. 60. Daraus folgt ohne Zweifel, daß noch ein anderer Scheidungsgrund hinzukommen müsse; s. Gründler a. a. O. §. 138., Gebr. Overbeck Meditationen Bd. IV. M. 236., z. B. verweigerte Cohabitation, bösliche Verlassung u. dergl., insbesondere nach preußischem Landrecht ein in der Veränderung der Confession seinen Grund habender unüberwindlicher Widerwille; s. Bielitz Comment. z. Landr. Bd. V. S. 260. §. 715., denn es ist wohl nicht zu leugnen, daß diesfalls eine Gemüths-Entfernung zu fürchten ist, welche mit dem Zweck der Ehe sich nicht verträgt, sowie daß die Verschiedenheit zwischen der jüdischen und christlichen Religion auf die wechselseitigen Rechte und Pflichten einen so wesentlichen Einfluß hat, daß wegen des bei den Juden erwachsenden Anstoßes an Speisen und Getränken und im täglichen Umgang die ganze Absicht des mutui adjutorii erschwert und gehindert wird, endlich indem die Ehe unter den Juden nach Inhalt der Copulationsformel ausdrücklich nach dem Gesetz Mosis und Israel geschlossen wird, durch die Religionsveränderung die Ehe in ihrem wesentlichen Bestande alterirt werde. Aus diesen Gründen entscheidet G. L. Böhmer in den Rechtsfällen Thl. I. no. 23. für die Statthaftigkeit der Scheidung, mit Beziehung auf c. 10. causa 28. qu. 1. — c. 7. X. de divort. Die Praxis rechnet hierher auch wenigstens zur Begründung der Separation eine Gefahr der Verführung zum Unglauben; s. Eichhorn Grunds. d. Kirchenr. Bd. II. S. 477. u. 478.

Auf die Güterverhältnisse — lehrt Weiß im Archiv d. Kirchenr. Bd. III. S. 28. — kann der Uebertritt eines Ehegatten zu einer andern Religion niemals Einfluß haben. Wenn Beck de jur. Jud. Cap. X. §. 29. die Weigerung der Frau mit ihrem zum Christenthum übergegangenen Ehemann die Ehe fortzusetzen, als eine bösliche

Verlassung betrachtet, und sie deshalb ihres Eingebrachten verlustig erachtet, so kann man seiner Voraussetzung, als habe die Frau desfalls keinen Grund, die Trennung der Ehe zu verlangen, wohl nicht beistimmen, vielmehr muß man mit Böhmer a. a. O. darin übereinstimmen, daß, insofern dieselbe durch ihr Scheidungsbegehren sich eines erlaubten Rechts bedient, sie allerdings auch ihr Eingebrachtes zurückfordern könne. Lucra nuptialia könnte sie jedoch nur bei einer bis an den Tod fortgesetzten Ehe verlangen, die vor der Ehe sich gegenseitig gemachten Geschenke verbleiben einem jeden Theil. Ob die in der Ehe erzeugten Kinder dem Einen oder Andern zu überlassen sind, ist nach allgemeinen Grundsätzen zu bestimmen; s. Böhmer a. a. O.

Zu 26) Staat und Kirche befinden sich hier in einem unvermeidlichen Collisionsfall, daher protestantische sowohl, als katholische Rechtsgelehrte in ihren Meinungen dergestalt getheilt sind, daß sie die Frage bald bejahen, bald verneinen. Die Literatur hierüber s. Glück Thl. XXVI. S. 438. Auf dem Standpunkt der Kirche ist der Grundsatz prävalirend, daß auch der Protestant das Gesetz der katholischen Kirche an einer derselben angehörigen Person als wirksam anerkennen müsse, somit diese nicht für ledig ansehen könne, sowie gegenseits der Katholik die bei den Protestanten übliche richterliche Scheidung vom Bande nicht als giltig ansehen dürfe, demnach die Ehen zwischen Katholiken und geschiedenen Protestanten nicht zuzulassen seyen. Dahin gingen die auf Antrag des Fürsten Primas von dem erzbischöflich Regensburg-Aschaffenburgischen Generalvicariat den sämmtlichen Vicariaten Deutschlands abgeforderten Gutachten einstimmig, welche sofort durch ein päpstliches Breve vom 8. October 1803 bestätigt worden sind. Vergl. Kopp, die kath. Kirche im 19. Jahrh. S. 385. ff.

Daraus folgt indessen blos, daß dieser Gegenstand dem Gewissen eines Jeden anheimgegeben bleibe. Die weltliche Obrigkeit kann keinen Zwang gegen die eigenen Staatsgesetze ausüben, und ihren protestantischen Unterthanen das Recht entziehen, welches sie gesetzlich aus einer Ehescheidung in Beziehung auf Wiederverehelichung erlangt haben, nachdem einmal der Staat eine Trennung dem Bande nach statuirt; s. Michl Kirchenrecht für Katholiken und Protestanten §. 85. S. 387.

Der Art. 16. der deutschen Bundesacte sichert vielmehr diese Rechte. Schon früher hatte der geheime Staatsrath in Bayern durch eine Verordnung vom 8. Novbr. 1802 in diesem Sinne entschieden; s. Amtshandbuch der protestantischen Geistlichkeit in Bayern S. 251. u. 259. mit dem Beisatz: „daß zwar, wenn der katholische Pfarrer nach den Grundsätzen seiner Religion die Copulation in solchen Fällen

nicht vornehmen oder die nachgesuchten Dimissorialien nicht ertheilen zu können glaubt, er dazu gegen seine Ueberzeugung nicht angehalten, jedoch den eheschließenden Theilen frei gelassen werden soll, ihre Trauung bei einem Geistlichen des protestantischen Theils nachzusuchen, welche in Ansehung des bürgerlichen Rechts die nämliche Wirkung haben soll, als wenn sie von einem katholischen Pfarrer geschehen wäre, wobei dergleichen Eheleute kräftigst zu schützen sind und nicht zu dulden ist, daß die katholische geistliche Obrigkeit irgend eine ihrer bürgerlichen Ehre nachtheilige Strafe vollziehe." Dies ist auch, wie Glück a. a. O. bemerkt, in Baden und andern deutschen Staaten angenommen, und früher schon hat das allgemeine preußische Landrecht Thl. II. Tit. I. §. 733—735. mit gleicher Consequenz verordnet, daß die Vollziehung der Ehe solchenfalls blos dem Gewissen überlassen bleibe, und wenn der katholische Geistliche die Trauung verweigert, die sich Verheirathenden bei der geistlichen Regierungsdeputation um Uebertragung des Trauungsacts an einen Geistlichen einer andern Confession einzukommen haben; s. Bielitz Handb. des preuß. Kirchenr. §. 16. S. 42.

[Ueber die Frage, ob Katholiken sich mit geschiedenen Protestanten giltig verehelichen können, vergl. auch Richter, Kirchenrecht §. 273. III., welcher sich für deren Bejahung mit dem Bemerken erklärt, daß zwar die Kirche eine solche Ehe mißbilligen könne, aber daß auch ihr ein giltig geschiedener Protestant als ledig gelten müsse, weil ihr über Diejenigen, welche draußen sind, zu urtheilen kein Recht zustehe. Vergl. gegen diese Ansicht Berg Ueb. d. Verbindlichkeit der kanon. Ehehindernisse in Betr. d. Ehe der Evangelischen (1835), dafür aber v. Weber i. d. Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. III. (1840), S. 193 ff. Im Kgrch. Sachsen ist nach d. Mandat v. 19. Febr. 1827. §. 62. die Ehe nichtig; in Bayern darf nach Rescript v. 23. Apr. 1829. auch die Staatsbehörde nicht die Einwilligung zu der nach dem kathol. Dogma unzulässigen Ehe ertheilen: Müller, Lexikon d. Kirchenr. II. S. 504. Auch in Oesterreich sind solche Ehen verboten: bürg. Ges.-B. §. 111., erlaubt dagegen in Sachsen-Weimar, s. Edikt v. 1823. §. 47.]

Zu 27) Der Uebertritt zur protestantischen Kirche kann nicht ipso facto dem Separations-Erkenntniß die Wirkungen eines Ehescheidungs-Urtheils verschaffen; daher muß erst ein Scheidungsurtheil ausgewirkt werden; s. Hartitzsch Eherecht §. 327., Hofmann Eherecht §. 89. S. 307.

Zu 28) Ist wohl zu verneinen; s. Hartitzsch a. a. O. §. 327., Glück Thl. XXVI. §. 1264. c. S. 434.

Zu 29) Jedenfalls dem Vater, er mag der schuldige oder unschuldige Theil seyn; Boehmer J. E. P. T. IV. Lib. IV. tit. 19. §. 48., Glück Thl. XXVII. §. 1272. b. S. 103., Hofacker Princ. jur. civ. T. I. §. 406.

Zu 30) Nach der Nov. 117. c. 7. dem unschuldigen Theil; dies ist also die Regel; jedoch wird in Praxi viel dem Ermessen des Richters überlassen, bei welchem Theil die Erziehung der Kinder am Besten bewirkt werden kann. „Hanc litem ex commodo liberorum esse judicandam et finiendam“ sagt Bauer in Resp. Lipsiensibus Vol. I. Resp. 37. S. 156., Kapff merkw. Rechtssprüche Thl. I. S. 272. Thibaut System d. P.-R. Thl. I. §. 469., Glück Thl. XXVII. S. 103., Hofacker Princ. jur. civ. T. I. §. 406., Bardili Diss. de divortio ex causa desert. §. 67. Es leidet übrigens keinen Zweifel, daß auch der in contumaciam für schuldig erkannte geschiedene Ehegatte das Recht der Erziehung der Kinder verliert, wenn auch dieser Rechtsnachtheil in der Ehescheidungsklage nicht namhaft gemacht und in der Ladung nicht ausdrücklich angedroht war. Denn indem der Rechtsnachtheil der Ueberführung angedroht war, muß auch die rechtlich unzertrennliche Folge derselben eintreten; Erk. d. O.-A.-G. zu Jena in Seuffert's Archiv Bd. VI. H. 2. S. 288.

Zu 31) Darin, daß er

zu a) nicht ohne vorgängige Dispensation wieder heirathen kann, und wenn die Frau der schuldige Theil ist, dieselbe überdieß den Anspruch auf Stand und Namen des geschiedenen Mannes verliert.

Zu b) muß der schuldige Theil den unschuldigen nicht nur für den Verlust derjenigen Vortheile, welche ihm auf des Andern Todesfall zugekommen wären, entschädigen, sondern der schuldige Theil wird auch mit Verlust an eigenem Vermögen bestraft, dessen Größe sich nach der Schwere des Vergehens verschieden gestaltet (s. no. 8.), l. 11. C. 5. 17. — Nov. 22. c. 18. Nov. 117. c. 5. — und welches, wenn Kinder vorhanden sind, der Proprietät nach diesen, dem Nießbrauch nach aber dem unschuldigen Gatten, wenn aber kein Kind vorhanden, diesem auch dem Eigenthum nach zufällt. Reicht alles dies zum anständigen Unterhalt der unschuldigen Ehefrau nicht hin, so muß der für schuldig erklärte Mann, so lange sie unverehelicht bleibt, ihr auch standesmäßige Alimente reichen; s. Glück Thl. XXVI. §. 1270. u. 1271. S. 473. bis 478., Hartitzsch Eherecht §. 374., Schott Eherecht §. 224. in not., Hofacker Princ. jur. civ. T. I. §. 494.

Zu 32) Hierüber sind die Meinungen getheilt; die verneinende, welche von der Tübinger Juristenfacultät angenommen worden, s. Kapff merkw. Rechtssprüche Bd. I. S. 166. - und in das würtembergische Landrecht übergegangen ist, für welche ferner auch der Kreittmayr'sche Commentar des bayerischen Landrechts Thl. I. Kap. VI. §. 13., und selbst die Praxis der vormaligen Reichsgerichte (jedoch mit Beziehung auf Gail Obs. pr. P. II. Obs. 79. pag. 444. unrichtig) angeführt wird, gründet sich auf den Unterschied zwischen dotis promissio und dotis constitutio; denn erstere bringe nur eine Klage auf Realisirung derselben — nämlich durante matrimonio, quia sine matrimonio nulla dos est — hervor, aber wirklich werden könne eine dos nur durch Tradition; s. l. 5. D. 24. 3. — quo primum dotale praedium constitutum est, id est tradita possessione, vergl. l. 1. C. 5. 15. numeratio dotem facit, l. 15. §. 3. D. 2. 8. — l. 1. l. 9. §. ult. D. 39. 5. Unmöglich könne daher etwas dotis causa lucrirt werden, was noch gar nicht dos geworden war, auch habe das R. R. dem Ehemann nur eine retentio und exceptio, — wenn nämlich die schuldige Frau die dos zurück verlangte, aber keine petitio gegeben. Die entgegengesetzte Meinung stützt sich hauptsächlich auf l. un. C. 5. 13., wo ausgesprochen ist: Sancimus omnes dotes per ex stipulatu actionem exigi, sive scripta fuerit stipulatio sive non: ut intelligatur re ipsa stipulatio esse subsecuta — um zu beweisen, daß die dos schon durch das bloße Versprechen als constituirt angesehen werden müsse, indem dadurch actio ex stipulatu de dote promissa petenda begründet werde; Gail a. a. O., Lauterbach Coll. th. pr. ad Pand. Lib. 23 tit. 3. §. 6., Boehmer J. E. P. T. IV. Lib. IV. tit. 20. §. 26., Glück Thl. XXVII. §. 1272. S. 68., Malblanc Princ. jur. Rom. §. 643. not. e.; vergl. Hellfeld civilrechtl. Entscheid. S. 405. Puchta Pand. §. 415.

Zu 33) Voet in Comment. Pand. tit. de divort. §. 9. bejaht zwar diese Frage, allein eine gesetzliche Bestimmung ist dafür nicht zu finden. Gesetzlich ist nur die quarta bonorum, wenn nichts davon in dotem gegeben ist, als Strafe bestimmt, daher die in dem Vermögen des Andern begriffene sponsalitia largitas nur mittelbar von der Strafe berührt wird. Ausdehnung eines Strafgesetzes aber ist nicht zu statuiren; s. Kapff merkw. Rechtssprüche Thl. I. S. 193.

Zu 34) Diese Frage ist deswegen schwierig geworden, weil die römischen und canonischen Gesetze immer nur den Fall des Ehebruchs vor Augen haben. Diese können, da die Praxis in Festsetzung der Ehescheidungs-Ursachen vielfach vom römischen und canonischen Recht

abgewichen ist, nicht durchgreifende Bestimmung der rechtlichen Folgen der Scheidungen gewähren.*) Einzelne Landesgesetze haben durch Abstufungen der Strafen dieser Lücke abgeholfen. Wo diese aber mangeln, ist nach der Autorität der meisten Rechtsgelehrten, s. Schott Eherecht §. 225., Hartitzsch Eherecht §. 375., Glück Thl. XXVII. S. 32. 2c., Hommel Rhaps. Vol. I. Obs. 123. Vol. V. Obs. 609., Leyser Vol. V. Sp. 314. Med. 7., Hofacker Princ. jur. civ. T. I. §. 495., Thibaut System d. P. R. Thl. I. §. 469. (Ed. VIII.), v. Ende jurist. Ausf. no. I., anzunehmen, daß nur der Ehebruch die strengste Ehescheidungsstrafe zur Folge habe, nämlich auf Seite des Mannes als schuldigen Theils: Verlust der dos und der donatio propter nuptias, mit der weiteren Verbindlichkeit, wenn keine Kinder vorhanden sind, der Frau noch so viel aus seinem übrigen Vermögen zu überlassen, als ein Drittel der donatio propter nuptias ausmacht; auf Seite der Frau aber außer dem Verlust des Heirathsguts**) und der donatio propter nuptias die Herauszahlung einer dem Drittel der dos gleichkommenden Summe aus ihrem übrigen Vermögen. Bei der Scheidung aus irgend einem andern Grunde aber tritt nur die gemeine Ehescheidungsstrafe ein, welche im Verlust entweder des Heirathsguts oder der Widerlage, oder wenn dergleichen nicht constituirt ist, in dem vierten Theil des eigenen Vermögens des Schuldigen besteht; l. 24. C. 5. 12. — l. 8. §. 4. l. 11. C. 5. 17. — Nov. 117. c. 8. pr. §. 3. u. 5. c. 9. pr. u. §. 2. c. 13. —

Zu 35) Wenn man hier streng bei dem Begriff von Strafe stehen bleiben dürfte, welche bekanntlich ohne vollständigen Beweis nicht eintreten kann, wenn man nicht eine mit Grund bestrittene poena extraordinaria statuiren will, so müßte die aufgeworfene Frage freilich verneint werden, weil die gesetzliche Präsumtion blos für die Scheidung wirkt, woraus aber nicht nothwendig auch auf Strafe die Folge gezogen werden kann; s. Schott Eherecht §. 225. in not., Hennig vom Verlust des Vermögens der Frauen bei erfolgter Scheidung durch

*) Nach den ehemaligen Reichsgesetzen zog die verschwenderische Lebensart der Frau den Verlust der Dotalprivilegien nach sich; s. v. Senkenberg Sammlung der Reichsabschiede Thl. IV. S. 79., Hagemann prakt. Erörter. Bd. VII. S. 292.

**) Würde die Frau durch diesen Verlust unfähig, sich den Lebensunterhalt nothdürftig zu verschaffen, so soll ihr der Mann auch nach der Scheidung, wie v. Bülow in den Abhandl. über einzelne Materien des bürgerl. Rechts I. S. 329. dafür hält, noch alimenta naturalia je nach der Ertragsbeschaffenheit des Dotalguts gewähren.

Ehebruch und bösliche Verlassung Thl. I. §. 29. S. 129.; allein da man die Privatstrafe vielmehr als Genugthuung betrachten muß, welche durch die culpa des andern Theils begründet wird, und diese bei solchen Handlungen, welche zum adulterio praesumto vorausgesetzt werden, eben so wohl vorhanden ist, als bei anderen Excessen der Frau, welche z. B. nach l. 8. §. 3. u. 5. D. 5. 17. — Nov. 117. c. 8. Nov. 22. c. 16. §. 1. die Scheidung bewirken, so kann man wohl unbedenklich der bejahenden Meinung beitreten; s. Glück Thl. XXVII. §. 1272. S. 26., Boehmer J. E. P. T. IV. Lib. IV. tit. 19. §. 29. u. tit. 20. §. 31., Hartitzsch Eherecht §. 377., Quistorp Beiträge S. 841. Entgegengesetzt hat jedoch das O.-A.-G. in Jena entschieden, s. Seuffert's Archiv Bd. VI. H. 2. S. 286., was allerdings den Grundsatz der stricten Auslegung für sich hat.

36) Bejahend entscheidet l. 47. D. 24. 3., cf. Harpprecht, Respons. 6., Hofacker Princ. jur. civ. T. I. §. 496., Kapff merkw. Rechtssprüche Thl. I. S. 179—185., Quistorp Beiträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien S. 841. not. a. So entschied auch die Leipziger Juristenfacultät, s. Gottschalk sel. Discept. for. T. I. pag. 349. Indessen ist hier ein Causalverhältniß unter den gegenseitigen Vergehen vorausgesetzt, außerdem wird behauptet, bei factis diversis findet keine Compensation Statt, Kapff Diss. de compens. circa maleficia §. 17., daher diese nur eine Verminderung des Strafgrades bewirken könnten.

Zu 37) Die Meinungen hierüber sind zwar getheilt, doch möchte unbedenklich mit Glück Thl. XXVII. §. 1272. und S. 71., Hartitzsch Eherecht §. 378. anzunehmen seyn: wenn die Klage bei Lebzeiten vom unschuldigen Theil angestellt worden ist, und die Ehe noch vor erfolgtem Scheidungsurtheil durch den Tod aufgelöst wurde, so geht die Klage sowohl active als passive in und ad heredes über; war aber der unschuldige Theil, ehe er die Scheidungsklage anstellen konnte, vom Tod übereilt worden, so fällt die Klage auf Privationsstrafe weg.

Zu 38) Diese Klage, welche bei der den Katholiken eigenthümlichen lebenslänglichen Separation als actio utilis gilt, setzt voraus, daß die Entwendung unter Ehegatten der Scheidung wegen geschehen sey, l. 2. C. 5. 21., wohin aber auch der Fall gerechnet wird, wenn der Ehegatte zwar bei der Entwendung nicht die Scheidung beabsichtigte, aber nach deren Erfolg die entwendete Sache verheimlichte; Hartitzsch Eherecht §. 383.

Zu 39) Die älteren Rechtslehrer erklärten sich durchaus ver-

neinend, weil nach cap. fin. X. de transact. (1. 36.) Vergleiche, welche die Ehetrennung bewirken, ungiltig sind, Geständnisse an sich nicht als Beweis in Ehescheidungssachen angenommen werden sollen, cap. 5. X. de eo, qui cognovit consang. (4. 13.), und den Ehegatten keine Dispositionsfreiheit über ein dem Staate und der Kirche angehörendes Verhältniß gestattet werden könne. Dieser Meinung folgt unter den Neuern noch Grolmann in der Theorie des gerichtl. Verf. §. 91., Danz Grundſ. d. ordentl. Proc. §. 370., Hofacker Princ. jur. civ. T. III. §. 4516., Hassenpflug in Elvers Themis Bd. I. S. 315. Allein die meisten neueren Civilrechts- und Proceßlehrer haben sich für die uneingeschränkte Zulassung des Schiedseids in Ehescheidungs-Processen erklärt; s. Glück Thl. XII. S. 273. und die dort angeführten Autoren, welchen noch viel mehrere beigezählt werden können, namentlich v. Bülow Abhandl. Thl. II. S. 241., v. Gensler im Archiv. f. d. civil. Praxis Bd. II. S. 36., Uehlein ebend. Bd. XII. S. 15. und in der Zeitschr. f. Civilr. Bd. IX. S. 28.

Zu 40) Wenn der Ehegatte, nachdem er zur Fortsetzung der Ehe schuldig erkannt war, die ihm zum Zweck des Urtheils-Vollzuges auferlegten Geldstrafen bezahlt, und darauf auch eine vierwöchentliche Gefängnißstrafe verbüßt hatte, und die Ehegattin nun auf Ehetrennung antrug, im Verhandlungs-Termin erklärt, er wolle seine Ehefrau wieder aufnehmen und die Ehe fortsetzen, kann diese nun sich weigern, dem Anerbieten zu entsprechen und zu ihrem Manne zurückzukehren, oder sie ist vielmehr berechtigt, Ehescheidung zu verlangen, nachdem sie durch das vollständig und fruchtlos abgesetzte Zwangsverfahren ein Recht erlangt habe, welches durch die Bereitwilligkeit des Ehemannes, sie wieder bei sich aufzunehmen, nicht beeinträchtigt werden könne? Das O.-A.-G. zu Dresden hat dem Ehescheidungsbegehren der Frau Statt gegeben; s. Wochenbl. f. Rechtsfälle 1849. no. 52. S. 415.

Zu 41) [Ein solcher Vertrag ist nicht contra bonos mores und daher die Conventionalstrafe einklagbar; l. 121. §. 1. D. 45. 1. Die scheinbar entgegenstehenden Worte der l. 19. D. 45. 1. „quia contenti esse debemus poenis legum comprehensis" beziehen sich nur auf das Verbot einer Conventionalstrafe hinsichtlich der Eingehung oder Fortsetzung einer Ehe und enthalten keine allgemeine Rechtsregel (v. Savigny, System, III. S. 174. u. 181.); durch das Verbot einer Conventionalstrafe für den Fall der Aufhebung der Ehe sollte nach l. 134. D. 45. 1. u. l. 2. C. 8. 39. die Beschränkung der Freiheit bei Trennung der Ehe verhütet werden, es kann also, da

diese Freiheit nach heutigem Eherecht nicht mehr besteht, auch von Anwendung dieses Gesetzes nicht die Rede seyn. O.=A.=G. Dresden, s. Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1858. S. 370 ff. (Seuffert's Archiv. XII. No. 274.).]

---

§. 65.

8. Von den rechtlichen Nachtheilen der zweiten Ehe.

Cod. V. 9. u. 10. — Nov. 22. c. 22—48. tit. Cod. Theod. de secund. nupt. (3. 8.) u. si secund. mulier nups. (3. 9.) Nov. Th. 5. u. 7.

1) Worin bestehen diejenigen s. g. poenae secundarum nuptiarum, welche den conjux binubus ohne Unterschied, ob es der Mann oder die Frau sey, treffen? und

2) diejenigen, welche nur bei der Frau eintreten, theils weil sie ihrer Natur nach nur bei ihr anwendbar sind, theils weil es der Wittwe ziemlicher erachtet wird, sich des Ehebetts fortan für immer zu enthalten? oder

3) diejenigen, welche nur bei dem Mann anwendbar sind?

4) Sind unter den Kindern, welchen die Gesetze die dem conjux binubus entzogene Proprietät zuweisen, nur diejenigen zu verstehen, welche Erben des verstorbenen parens geworden sind? und

5) auch die Enkel, wenn die Kinder den conjux binubus nicht überlebt haben? und wie ist die Berechnung zu machen, wenn blos Enkel vorhanden sind?

6) Wenn die lucra nuptialia, deren Eigenthum nun auf die Kinder übergehen soll, schon veräußert worden sind, bevor noch der Wittwer oder die Wittwe zur zweiten Ehe geschritten ist, können die Kinder sie auch dann vom dritten Besitzer vindiciren? und können sie es noch bei Lebzeiten des conjux binubus?

7) Welche Fälle lassen sich denken, wo durch die Wiederverehelichung gleichwohl kein Verlust an den lucris nuptialibus für den conjux binubus erwächst?

8) Was für Nachtheile sind insbesondere für die Wittwe mit der Verletzung des Trauerjahres verbunden?

9) Finden dieselben auch dann Anwendung, wenn die Wittwe sich während des Jahres unzüchtig vergeht?
10) Können die in den Gesetzen bestimmten nachtheiligen Folgen der zweiten Ehe dem Ueberlebenden giltig erlassen werden?
11) Sind sie auch in dem deutschrechtlichen Institut der ehelichen Gütergemeinschaft anwendbar?

Zu 1) Alle s. g. poenae secundarum nuptiarum bestehen lediglich in Maßregeln, durch welche von den Kindern die Nachtheile entfernt werden, welche sie von der zweiten Ehe zu befahren haben. Kein Unterschied zwischen Mann oder Frau findet daher in Ansehung folgender statt:

a) Sowie den zweitehelichen Kindern die dos und donatio propter nuptias, welche conjux binubus aus zweiter Ehe erlangt, ausschließend verbleiben soll, derselbe mag sich auch noch in eine dritte Ehe begeben oder nicht, s. Nov. 22. c. 29., so werden gegenseits die erstehelichen Kinder vor dem Verlust alles dessen bewahrt, was der Regel nach außer dem Fall einer zweiten Ehe, auf sie übergegangen wäre. Es wird ihnen daher wenigstens dem Eigenthum nach erhalten*):

α) Alles, was conjux binubus durch die Liberalität des Andern erhalten hat, und zwar auch dann, wenn dies durch Erbvertrag oder gegenseitiges Testament geschehen ist, welchenfalls zwar Struben in den rechtl. Bedenken Thl. IV. no. 187. u. Boehmer de poenis sec. nupt. §. 9. anderer Meinung sind, allein ohne hinlänglichen Grund; denn in Bezug auf die erstehelichen Kinder, um deren Recht es sich allein handelt, ist es völlig gleichgiltig, ob die Liberalität einseitig oder zweiseitig geschah; Hagemann prakt. Erört. Bd. V. S. 47., Glück Thl. XXIV. S. 162. Jedoch behält der conjux binubus den lebenslänglichen Nießbrauch. Vergl. Seuffert's Archiv XI. No. 249.

---

*) Ob auch die portio statutaria dieser Bestimmung zu unterwerfen sey, ist bestritten. v. Vangerow Pand.-Vorlesungen ed. VI. Bd. I. S. 485. hält consequent dafür, daß im Zweifel auch bei dieser dasselbe zu statuiren sey; s. auch Marezoll in der Zeitschr. f. Civilr. und Proc. Bd. V. S. 39. Glück Thl. XXIV. S. 160. u. Intestaterbfolge, §. 154. glaubt hingegen, daß in dieses deutschrechtliche Institut die Bestimmungen d. R. R. nicht eingemischt werden dürften.

β) Die Virilportion, welche dem überlebenden Ehegatten nach Nov. 127. c. 3. an der dos oder der donatio propter nuptias zufallen sollte; s. Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. III. S. 104.

γ) Was dem conjux binubus durch den Tod eines erstehelichen Kindes angefallen ist, so weit es nämlich vom Vermögen des verstorbenen Ehegatten herrührt; s. Nov. 22. c. 46. — Glück Thl. XXIV. S. 137., doch behält conjux binubus die lebenslängliche Nutznießung. Nach Andern soll aber dieser Nachtheil nur die uxor binuba treffen; v. Vangerow a. a. O. Bd. I. S. 488., Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. V. S. 39.; s. aber dagegen die Citate bei Glück Thl. XXIV. S. 138. u. Geiger in Linde's Zeitschr. Bd. XIX. H. 3. S. 206.

Was diesemnach den erstehelichen Kindern gesetzlich zum Eigenthum zugewiesen ist, darüber wird keinerlei Privatdisposition gestattet. Selbst der erste Ehegatte kann durch seine Einwilligung keine Aenderung hierin bewirken, und nicht entgegen verordnen, s. Glück Thl. XXIV. S. 168. — auch keine willkürliche Vertheilung unter die erstehelichen Kinder darf sich conjux binubus anmaßen, sondern diese erben zu gleichen Theilen kraft des Gesetzes und können nur durch eine rechtmäßige Enterbungsursache ausgeschlossen werden, deren sie sich etwa gegen den verstorbenen parens schuldig gemacht hatten; Nov. 22. c. 21. §. 1. c. 22—26.

b) Conjux binubus darf seinem zweiten Ehegatten nicht mehr unter Lebenden oder auf den Todesfall zueignen, als der geringst bedachte ersteheliche Descendent — gegen welchen keine Enterbungsursache obwaltet — erhält; s. l. 10. C. 5. 9. — Nov. 22. c. 27., Puchta Lehrb. d. Pand. §. 420., Mackeldey Lehrbuch §. 536.

Im Fall des Zuwiderhandelns fällt der Ueberschuß, welcher nach dem zur Zeit des Todes des verstorbenen Ehegatten sich ergebenden Vermögensstand zu berechnen ist, s. Nov. 22. c. 28., allen erstehelichen Kindern gleichheitlich, und zwar nach der gemeinen Meinung — welche indessen Becher in vindiciae interpr. genuinae, leg. 6. C. de sec. nupt. (1797.) §. 12. etc. bestreitet, — mit Ausschluß des zweiten Ehegatten zu; Thibaut System §. 286., (Ed. VIII.), Mackeldey Lehrbuch §. 536.,

v. Vangerow a. a. O. §. 227. not. 1. lit. I. b. Damit steht auch in Verbindung, daß nach l. 19. C. 5. 3. u. Nov. 22. c. 31. conjux binubus die für die zweite Ehe bestellte dos oder donatio propter nuptias nicht vermindern darf.

c) Conjux binubus verliert übrigens auch das, was ihm unter der Bedingung, nicht wieder zu heirathen, testamentlich verschafft worden ist; Nov. 22. c. 43. u. 44. — Glück Thl. XXIV. S. 168.

d) Er muß den ersteheliclichen Kindern wegen dereinst auszuliefernder Universal-Fidei-Comisse Caution leisten. Die Nov. 22. c. 41., welche diese Auflage ausdrücklich als einen Nachtheil der zweiten Ehe bezeichnet, erwähnt zwar blos des Vaters, weshalb Glück Thl. XXIV. S. 187. u. Cujacius ad Nov. 22. c. 41. denselben auch blos auf den Vater beziehen wollen, aber l. 6. C. 6. 49. spricht von beiden Eltern, und es ist auch kein Grund vorhanden, diese im Interesse der Kinder gemachte Auflage nur dem Vater zu machen; s. Geiger a. a. O. S. 211.

Zu 2) Die Frau insonderheit verliert durch das Verschreiten zur zweiten Ehe:

a) die Vormundschaft über die ersteheliclichen Kinder, und verwirkt alle Nachtheile der verletzten Trauerjahres (s. unten no. 8.), wenn sie vor der Rechnungsablage und Herauszahlung dessen, was sie aus der Vormundschaft schuldig ist, heirathet; Nov. 22. c. 40. — Nov. 94. c. 2.

Selbst den Anspruch, die erstehelichen Kinder bei sich in Erziehung zu behalten, soll sie nach l. 1. C. 5. 49. u. Nov. 22. c. 38. verlieren, was aber h. z. T. nicht in usu ist; s. Eichhorn deutsch. Privatr. §. 315., v. Kreittmayr Anmerk. z. bayer. Landr. Thl. I. Kap. 7. §. 11., vorausgesetzt jedoch, daß im concreten Fall keine Bedenklichkeiten gegen die Zulassung der wieder verehelichten Frau und ihres zweiten Ehemannes zur Erziehung der erstehelichen Kinder obwalten. Als aber dieselbe mit ihrem Manne nach Amerika wandern und dahin die erstehelichen Kinder mitnehmen wollte, wurde deren Begehren vom O.-A.-G. zu Cassel zurückgewiesen, indem in dem Fall, wo dieselbe ihren Wohnsitz in ein entferntes Land verlegen will, wodurch die Kinder der erforderlichen Aufsicht und Einwirkung auf die Person von Seite des Vormunds, sowie des obervormundschaftlichen Gerichts entzogen würden,

und während auch ein Mangel an Gelegenheit zu anderweiter Versorgung der Kinder nicht erhellt, kein genügender Grund vorhanden sey, denselben die Mitnahme der aus dem hiesigen Unterthansverbande noch nicht entlassenen, mithin ihren gesetzlichen Wohnsitz dahier behaltenden Kinder zu gestatten. Analoge Anwendung finde dies auf eine uneheliche Mutter, welche einen Andern als den natürlichen Vater ihres Kindes ehelicht; s. Strippelmann Samml. Thl. VI. S. 7.

b) das Recht, irgend eine einem ersteheliche Kinde gemachte Schenkung zu widerrufen, selbst nicht aus dem Grunde groben Undanks, ausgenommen, wenn das Kind ihrem Leben nachgestellt, oder Thätlichkeiten, oder einen Anschlag auf ihr ganzes Vermögen sich erlaubt hätte; l. 7. C. 8. 56. — Nov. 22. c. 35. Auth. quod mater Cod. de revoc. donat. 8. 56.

c) Sie verliert die Würde und alle Vorrechte ihres vorigen Ehemannes.

Zu 3) Man führt hier gewöhnlich an

1) daß der zur zweiten Ehe schreitende Vater, wenn er den Kindern vermöge Testaments eines Dritten Vermächtnisse oder Fideicommisse sub conditione vel die auszuzahlen hat, die dafür ihm zugestandene Cautionsfreiheit verliert; s. Glück Thl. XXIV. S. 185. Die Nov. 22. c. 41. spricht nämlich hier nur von dem Vater, allein l. 6. §. 1. C. 6. 49. sowohl vom Vater als von der Mutter, für welche sich auch kein Grund der Befreiung denken läßt; s. v. Vangerow a. a. O. S. 487., Geiger a. a. O. S. 211., Mackeldey Lehrb. §. 536., sowie auch nicht zu anderen von Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. V. S. 372. versuchten Distinctionen.

2) Nach dem römischen und canonischen Recht kann auch kein bigamus zum Priester ordinirt werden; Nov. 22. c. 42. — c. 1. 2. Dist. 33. — Glück a. a. O., Richter, Kirchenr. §. 94. u. 270.

Zu 4) Nein; dies gilt ohne Unterschied, ausgenommen Diejenigen, welche sich einer Enterbungsursache schuldig gemacht haben; s. Puchta Pand. §. 420. Vergl. dazu Seuffert's Archiv VIII. No. 7.

Zu 5) Die Nov. 22. c. 21. §. 1. bestimmt hierüber: Sind nur einige Kinder noch am Leben, andere dagegen mit Hinterlassung von Kindern gestorben, so fällt der Theil des Verstorbenen dessen Kindern zu, dafern sie ihren Vater beerben, außerdem aber den Geschwistern

des Letztern. Wenn blos Enkel vorhanden sind, so kann gefragt werden: gibt da der Erbtheil eines einzelnen dieser Enkel den Maaßstab? Man könnte dies etwa deswegen anzunehmen sich veranlaßt finden, weil der römische Sprachgebrauch unter dem Wort liberi auch die Enkel begreift. Allein wenn es sich von Bestimmung des Erbtheils handelt, ist ausdrücklich bestimmt, daß sie lediglich an die Stelle ihres verstorbenen parens succediren, und indem bei ihnen daher successio in stirpes eintritt, auch die Enkel von Einem Sohne nach l. 11. §. 1. D. 37. 4. juristisch nur als Eine Person angesehen werden, und bei Bestimmung des Kindestheils nur als Eine Person in Betracht kommen. Conjux binubus kann also, wenn mehrere Enkel von einem Stamme vorhanden sind, mit Recht so viel erhalten, als die Enkel von diesem Stamme zusammen bekommen; s. Flach Entscheid. des O.=A.=G. in Wiesbaden Thl. I. S. 128.

Zu 6) Die Vindication steht ihnen allerdings zu, aber nicht vor dem Ableben des conjux binubus; s. Glück Thl. XXIV. S. 158.

Zu 7) Wenn keine Proprietät, sondern nur ein ususfructus in dotem gegeben war, dann kann natürlich den Kindern auch keine Proprietät zugetheilt werden, und der Nutznießung soll conjux binubus nicht beraubt werden; Nov. 22. c. 32. u. 33.

Ein ähnlicher Fall tritt ein, wenn sämmtliche ersteheliche Kinder ohne Descendenz und Testament vor dem conjux binubus sterben; denn alsdann fällt die Herausgabe nur in Ansehung der Quota weg, welche dem parens binubus in den Ehepacten auf den Fall der kinderlosen Ehe ausgesetzt war; Nov. 22. c. 26.

Zu 8) Nachdem die poena infamiae durch das canonische Recht unstreitig aufgehoben ist, so bleiben, wenn nicht vielmehr mit Glück Thl. XXIV. S. 198. und den in nota 85. angeführten Schriftstellern das cap. 4. u. 5. X. de secundis nupt. (4. 21.), und zwar besonders aus den von Geiger in Linde's Zeitschr. Bd. XIX. S. 228. ausgeführten Gründen, von Aufhebung sämmtlicher Strafen des verletzten Trauerjahres verstanden werden darf (was in Praxi angenommen zu seyn scheint; s. Puchta Pand. §. 421., — jedoch bestritten ist; s. Löhr im Magazin Bd. III. S. 520., v. Vangerow Pandecten I. S. 491., Sintenis Civilr. ed. II. Bd. III. S. 84. not. 15., welcher indeß zugibt, daß diese Strafe häufig durch particulären Gerichtsbrauch in desuetudinem gekommen seyn mögen), außer den mit der zweiten Ehe schon verbundenen Strafen nur noch folgende übrig. Die Frau verliert Alles, was sie vom ersten Manne erhalten hat, an dessen Descendenten, Ascendenten und Collateralen bis zum zweiten

Grad und in deren Ermangelung an den Fiscus, und kann ihrem zweiten Manne auf keine Weise mehr als ein Drittheil ihres Vermögens zuwenden. Von diesen Strafen soll sie auch keine Concession des Regenten befreien können, außer wenn sie sogleich die Hälfte ihres Vermögens vollständig — nicht blos der Proprietät nach — den Kindern überliefert; Nov. 22. c. 22.

Zu 9) Allerdings; nach Nov. 39. c. 2., Puchta Pand. §. 429. Aber außer dem Fall der Verletzung des Trauerjahrs kann der geschwängerten Wittwe, die ihr vom Mann bis dahin, wo sie sich wieder verheirathen würde, verschaffte Nutznießung seines ganzen Vermögens nicht entzogen werden. Erk. des O.=A.=G. Jena in Emminghaus Sächs. Pand. S. 673. No. 14.

Zu 10) Einige Rechtslehrer glauben, daß dies giltig geschehen könne, indem sie die einschlagenden Gesetze nicht für prohibitive, sondern für dispositive ansehen; s. Leyser Med. Vol. V. Sp. 300., Pufendorf Obs. jur. univ. T. IV. no. 138., und sich sowohl auf Nov. 22. c. 2. als darauf beziehen, daß sich die Kinder ja auch jede andere elterliche Verfügung gefallen lassen müßten, soweit dadurch ihr Pflichttheil nicht geschmälert ist; allein s. dagegen Glück Thl. XXIV. S. 163., Hofacker Princ. jur. civ. T. I. §. 521., Hagemann prakt. Erörter. Bd. V. Erörter. VII. S. 51. Die prohibitive Natur des Gesetzes ist nicht zu verkennen, auch schränkt die Nov. 22. c. 2. die Testirfreiheit ausdrücklich so weit ein, si testator nihil contra leges in universum praeceperit; cf. l. 55. D. de legat. I. (30.) Daß man eine der l. 6. C. 5. 9. und dem c. 27. der Nov. 22. geradezu widerstrebende Remissionsbefugniß des conjux praemoriens in der Nov. 22. c. 2. zu finden geglaubt hat, ist, wie Maier in Linde's Zeitschr. N. F. Bd. V. S. 310. einleuchtend zeigt, blos dadurch veranlaßt worden, daß die Vulgata den griechischen Text nicht sprachrichtig übergetragen hat, sondern auf eine eigentlich sinnlose, deshalb aber unschädliche Weise. [Vergl. auch Geiger i. d Zeitschr. f. Civ. R. u. Proc. Bd. XIX. S. 222 ff. Das O.=A.=G. Celle erkennt die Zulässigkeit der Remission an: Seuffert's Archiv IX. No. 300.]

Zu 11) Allerdings; denn indem alle Gütergemeinschaft mit dem Tod eines Ehegatten, als in dem Zeitpunkt aufhört, wo die Rechtsnachtheile der Wiederverehelichung zur Anwendung kommen sollen, tritt bei deren Anwendung die Gütergemeinschaft nicht hindernd entgegen, indem vielmehr durchgängig der Grundsatz verbreitet ist, daß der überlebende Ehegatte, sobald er zu einer neuen Ehe schreitet, zur Abtheilung mit den Erben des ersten Ehegatten verbunden ist, wonach sich

herausstellen muß, welches Vermögen dem wieder heirathenden parens und welches den erstehelichen Kindern als gesondertes Eigenthum zukommt; Geiger a. a. O. S. 231.

---

§. 66.

9. Von den Rechtsverhältnissen zwischen Eltern und Kindern.

a) Im Allgemeinen.

Dig. XXV. 3. de agnosc. et alendis liberis. Cod. V. 25. de alendis liberis. Dig. XLIII. 30. de liberis exhibendis et educandis. Cod. VIII. 8. de liberis exhibendis seu ducendis. Dig. XXXVII. 15. de obsequiis parentibus et patronis praestandis. Inst. I. 9. de patria potestate. Cod. VIII. 47. de patria potestate. Dig. I. 6. de his, qui sui vel alieni juris sunt.

1) Unter den verschiedenen Entstehungsarten der väterlichen Gewalt, nämlich Zeugung in rechtmäßiger Ehe,*) Legitimation und Adoption, fragt es sich nur, ob der Putativehe dieselbe Wirkung zukomme?
2) Indem die den Eltern gemeinschaftlich gegen die Kinder zustehenden Rechte als bekannt vorauszusetzen sind,**) fragt es sich noch über die dem Vater vorzugsweise zustehenden Rechte, insbesondere bezüglich der Confession in gemischten Ehen.
3) Welche positiv rechtliche Wirkungen hat das elterliche Recht auf kindliche Ehrfurcht und Pietät?
4) Sind die Kinder den Eltern auch zu andern als blos häuslichen Diensten verpflichtet?
5) Welche Rechte werden den Kindern gegen ihre rechtmäßigen Eltern erworben?
6) Wenn die Eltern nicht mehr besitzen, als zu ihrem eigenen nöthigen Unterhalt erforderlich ist, was ist dann die Folge?

---

*) Im Scheidungsfall ist bekanntlich durch das Sct. Plancianum Fürsorge getroffen, daß die Frau binnen 30 Tagen nach der Scheidung ihre Schwangerschaft anzeigen muß, widrigenfalls sie das Klagrecht — doch ohne Präjudiz für das Kind — verliert; l. 1. §. 6—8. 10. 15. D. 25. 3.

**) Vom Erziehungsrecht im Fall geschiedener Ehe s. oben §. 64. Vom Recht auf Alimente s. Bd. III. Kap. 28. Vom väterlichen Recht der Pupillarsubstitution s. Bd. II. Kap. 8. lit. b.

7) Wenn Streit über die Alimentationsfähigkeit entsteht, wie ist es dann mit dem Beweis zu halten und wie ist die Klage zu substantiiren?
8) Ist der Alimentationspflichtige auch Schulden für den alimentandus zu zahlen verbunden?
9) Kann nöthigenfalls der Alimentationsanspruch auch gegen die ehelichen Geschwister gerichtet werden?
10) Findet auch eine provisorische Alimentationsauflage vor definitiver Entscheidung über die Verbindlichkeit statt?
11) Ist der Vater berechtigt, dem ungehorsamen Sohne die Alimente zu entziehen, und aus welchen Ursachen?
12) Cessirt die väterliche Alimentationsverbindlichkeit durch die Emancipation der Kinder?
13) Sind die Kinder berechtigt, den Eltern wegen begangener Verbrechen die Alimente zu entziehen?
14) Sind auch die Erben gehalten, in die Alimentationspflicht des Erblassers einzutreten?
15) Ist ein Verzicht auf Alimente gegen die zu deren Leistung Verpflichteten verbindend?
16) Kann der Alimentengeber Rückerstattung der gegebenen Alimente von dem Empfänger, wenn dieser in der Folge zu hinreichendem Vermögen gelangt, rechtlich fordern? insbesondere wenn ihm nicht eben eine Zwangspflicht oblag?
17) Kann der Alimentengeber die Vergütung dann, wenn in gleichem oder noch näherem Grad verwandte Personen vorhanden sind, von diesen fordern?
18) In welcher Ordnung sind die Ascendenten den ehelichen Descendenten alimenta civilia zu prästiren verbunden?
19) Gelten h. z. T. Verträge zwischen dem Vater und dem in väterlicher Gewalt stehenden Sohne?
20) Inwiefern convalescirt eine gegen das Schenkungsverbot vom Vater dem Hauskinde gemachte Schenkung?
21) Wenn der Vater in den Adelsstand erhoben wird, kommt derselbe auch den vorher geborenen Söhnen zu?
23) Ist der Hausvater wegen nicht verhinderter resp. geförderter Widerrechtlichkeiten des Haussohnes verantwortlich?

Zu 1) Man kann wohl nicht mit Schweppe röm. Privatr. Bd. IV. §. 663. not. 3. bezüglich l. 57. §. 1. D. 23. 2. — c. 8.

11. 14. X. 4. 17. dem Vater desfalls überhaupt die patria potestas absprechen, sondern nur dann, wenn er selbst nicht, sondern etwa nur die Mutter in einem entschuldbaren Irrthum hinsichtlich des Ehehindernisses gewesen ist; s. Hert de matrimonio putativo §. 21., Opusc. Vol. I. Tit. I. no. VII., Schott Eherecht §. 138., Koch Success. ab intest. §. 51. .

Zu 2) Nachdem in den neueren Sitten sowohl das altdeutsche mundium, als das römische imperium eines pater familias untergegangen ist, sind dem Vater nur die im R. R. über das besondere Vermögen der Kinder ihm eingeräumten Rechte geblieben; nämlich — wo nicht einheimische Rechte anders bestimmen,*) hat nur der Vater und nicht auch die Mutter den Nießbrauch an den Gütern der Kinder, so lange sie sich in väterlicher Gewalt befinden, sowie das Recht, ihnen pupillarisch zu substituiren; s. Glück Thl. II. §. 137. u. 138.

Hinsichtlich der Erziehung gilt der Wille des Mannes schlechthin auch als der Wille der Frau. Vorzugsweise steht auch in Ansehung des Religionsverhältnisses — wo nicht andere Particulargesetze anders bestimmen — in gemischten Ehen, sofern nicht die Eheleute im Ehevertrag eine Bestimmung vereinbart haben, dem Vater, nach der auf dem Friedens-Executions-Congreß zu Nürnberg v. J. 1650 mit der katholischen und evangelischen Stände Uebereinstimmung getroffenen Entscheidung, das Recht zu, alle Kinder bis zum Entscheidungsjahr — wofür gewöhnlich bei den Protestanten gemäß eines Conclusums des corpus Evangelicorum vom 22. April 1752, s. den Art. Confirmation Bd. II. S. 927. Anm., das 14. Lebensjahr angenommen wird — in seiner Confession erziehen zu lassen;**) s. Glück Thl. II. §. 137.

Zu 3) Daß die Kinder

a) gegen die Eltern keine actio famosa, demnach — besonders grobe Injurien ausgenommen, s. l. 7. §. 3. D. 47. 10. — auch keine Injurienklage oder gar peinliche Anklage erheben können; l. 5. §. 1. D. 37. 15. — l. 11. §. 1. D. 4. 3. — l. 11. §. 1. D. 48. 2. — l. 5. C. 9. 22. — und ihnen auch kein ausdrücklich auf dolus gegründetes Rechtsmittel gegen sie zusteht, daher

*) Was allerdings häufig der Fall ist; s. Heise und Cropp jurist. Abhandl. Bd. I. no. XVI. Gibt es nach deutschem Recht und insonderheit nach Frankfurtischem Recht eine potestas der Mutter über ihre Kinder?

**) Die Katholiken haben ein festes Jahr nicht angenommen, daher die Landesgesetze unter sich nicht abweichen; Frey krit. Commentar über das Kirchenr. Thl. III. §. 216.

sie statt des Interdicts unde vi (bewaffnete Gewalt ausgenommen, s. l. 1. §. 43. D. 43. 16.) und statt der act. oder exc. doli oder metus nur einer act. oder exc. in factum sich bedienen dürfen; l. 11. §. 1. D. 4. 3. — l. 2. l. 5. §. 1. l. 7. pr. §. 2. D. 37. 15. — l. 4. §. 16. D. 44. 4. — l. 5. C. 2. 21. — überhaupt aber das Hauskind, ohne vorgängige richterliche Cognition der Sache, seine Ascendenten und Ascendentinnen nicht vor Gericht fordern darf; l. 4. §. 1—3. — l. 6. D. 2. 4. — l. 8. C. 2. 2.

b) daß die Kinder nicht den Calumnieneid von den Eltern fordern dürfen; l. 7. §. 3. D. 37. 15.

c) daß sie nicht zum Zeugniß gegen ihre Eltern gezwungen werden können; l. 4. D. 22. 5.

d) daß sie ihre rechtlichen Forderungen an ihre Eltern auf das in quantum facere possunt beschränken müssen; §. 38. J. 4. 6. — l. 7. §. 1. D. 37. 15. — l. 16. D. 42. 1. — gleichwie sie auch zur Alimentation der verarmten Eltern verbunden sind; l. 5. pr. §. 1. 2. 13. u. 17. D. 25. 3.

e) daß Vergehen der Kinder gegen ihre Eltern strenger als gegen Andere bestraft werden, namentlich Injurien, l. 1. §. 2. D. 37. 15. — womit auch das elterliche Enterbungsrecht wegen grober Verbal- und Realinjurien, welche ihnen von den Kindern zugefügt werden, in Verbindung steht; s. Glück Thl. II. §. 137. u. 138.

Zu 4) Wenn l. 10. D. 37. 15. sagt: pietatem liberi parentibus, non operas debent, so muß dies allerdings von operis artificialibus oder zum Erwerb dienenden Arbeiten verstanden werden, s. Leyser Sp. 17. Med. 2., wodurch aber ein dem Kind nicht an seiner künftigen Bestimmung hinderlicher oder nachtheiliger Beistand im elterlichen Gewerb nicht ausgeschlossen seyn kann; Glück a. a. O. §. 137. u. 138., Struben rechtl. Bedenken Thl. III. no. 49. Leistet dagegen ein herangewachsenes Kind der Eltern solche Dienste, welche sonst nur gegen Lohn gewährt werden, z. B. als Knecht oder Magd, Geselle, Handlungsdiener, Verwalter u. s. w., so ist es Lohn dafür zu fordern berechtigt, wenn solcher auch nicht versprochen worden; s. Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. VIII. S. 271., Mittermaier deutsches Privatr. §. 364. [So allgemein dürfte dieser Satz nicht zu rechtfertigen seyn, denn wenn das Kind noch Wohnung, Kost u. s. w. im Vaterhause genießt, werden jene Dienstleitungen zunächst als Aequivalent für jenen fortgesetzten Unterhalt aufzufassen seyn. Marezoll a. a. O. behandelt gar nicht die Frage, ob das Kind Anspruch auf

Lohn habe, sondern die, ob der vom Vater gewährte Lohn dem Kinde (als adventicium) erworben werde, ja er scheint auf S. 274. anzudeuten, daß der Vater, wenn er sein Recht aus der Potestas in voller Strenge geltend machen will, vom Hauskinde solche Dienste und Arbeiten (ohne Entgelt) verlangen kann. Mittermaier aber läßt die Frage von den besonderen Umständen abhängen. Vergl. Gründler, Polemik III. §. 478., Kraut, Vormundschaft II. S. 638—640., Walter, deut. Privatr. §. 232. Heimbach in Weiske's Rechtslexikon Bd. XIV. S. 67. spricht sich im Sinne des Verf. aus. Das O.=A.=G. zu Jena dagegen hat erkannt: „Die Erwägung, daß der Haussohn, anstatt seinem Vater umsonst seine Dienste zu widmen, Gelegenheit hatte, durch seine Arbeit von Außen her für sich einen Erwerb zu machen, kann zwar für den Vater einen Grund der Billigkeit abgeben, dem Sohne eine Vergütung für die ihm geleisteten Dienste zuzugestehen, und, wenn dies nicht geschieht, dem Sohne Veranlassung geben, dem Vater seine Dienste zu entziehen; so lange er aber diesen Weg nicht eingeschlagen hat, verzichtet er auf diesen Erwerb. Und zwar gilt dieses von allen Diensten, welche der Haussohn dem Vater leistet; eine Ausnahme rücksichtlich derjenigen, welche eine besonders erlernte Kenntniß und Fähigkeit voraussetzen, ist nicht gerechtfertigt.“ Blätter f. Rechtspfl. in Thür. 1854. S. 278. und Seuffert's Archiv VIII. No. 59. Dazu ebendas. I. No. 354. und VII. No. 196.]

Zu 5) Das Recht auf Erziehung und auf Ernährung von der Geburt an — s. Glück Thl. XXVIII. S. 66. in Beziehung auf l. 9. C. 8. 47. u. cap. 2. X. de convers. infidel. — so lange und viel, als sie nicht durch eigenen Verdienst oder aus ihrem Vermögen — ohne die Substanz anzugreifen, l. ult. §. 4. u. 5. C. 6. 61. — den Unterhalt gewinnen können, l. 5. §. 7. 13. 19. l. 9. D. 25. 3. — l. 8. §. 5. C. 6. 61. — hiernächst das Erbrecht im Vermögen der Eltern, welches ihnen ohne gesetzlich bestimmte Gründe nicht ganz entzogen werden kann.

Zu 6) Die Pflicht der Selbsterhaltung geht vor: Kinder müssen daher den Eltern, wie vorhin schon bemerkt wurde, die Competenz lassen, l. 5. §. 15. 25. 26. D. 25. 3. — l. 2. C. 5. 25. — und es tritt dann die subsidiäre Verbindlichkeit der übrigen Ascendenten ein.

Zu 7) Schon das R. R. hat dies nicht zum Gegenstand einer actio, sondern einfacher cognitio judicis gemacht; s. Puggé im rhein. Museum Bd. III. S. 569. not. 6.; es findet daher, wie überhaupt in Alimentensachen, nur ein summarisches Verfahren implorando officium

judicis statt, und der Kläger kann vom Beklagten die eidliche Manifestation seines Vermögens verlangen; Schweppe röm. Privatr. Bd. IV. §. 642. not. 3.

Durch die heutige zweigespaltene Proceßmethode kommt indeß die Frage über die Beweislast zur Erwägung. Ist das Klagrecht ein absolutes, so hat der Kläger nur den naturgemäßen Grund der Alimentations-Verbindlichkeit, nämlich das ihn berechtigende subjective oder Verwandtschafts-Verhältniß zu beweisen; l. 5. §. 18. D. 25. 3.; ist aber die Verbindlichkeit eine durch das Unvermögen des Klägers zur Selbsterhaltung bedingte Verbindlichkeit, so muß der Kläger auch die Existenz der Bedingung beweisen. Das erste vertheidigt Hofmann in Linde's Zeitschr. Bd. XVI. S. 139. Für die Eigenschaft eines blos bedingten Anspruchs scheint zwar die l. 8. §. 5. C. 6. 60. zu sprechen, wenn darin gesagt ist: Eltern müßten ihre Kinder, und Kinder ihre Eltern ernähren, wenn hier oder dort Mangel eintritt. Allein dies entscheidet doch wohl nichts über die Beweislast, welche vielmehr dem Beklagten, der eine neue den Klaggrund elidirende Behauptung aufstellt, mehr anzumuthen ist, als dem Kläger der allzu schwierige Beweis einer bloßen Negative.

Weil die Verbindlichkeit, einen Andern zu ernähren, auf der Voraussetzung beruht, daß man genügende Mittel dazu habe, so muß jede Klage auch durch diese Darlegung unterstützt werden. Der Executionsinstanz die Erörterung hierüber zu überlassen, geht deswegen nicht wohl an, weil sententia certa über das zu verabreichende Alimentenquantum nothwendig ist, und es auch darauf mit ankommt, ob der Pflichtige zu der Zeit, für welche die Alimente gefordert werden, die nöthigen Mittel gehabt, über den entfernten Zeitraum aber die Executionsinstanz keine Aufklärung geben kann; s. Erk. des O.-A.-G. in Dresden 1851. in der sächs. Zeitschr. f. Rechtspfl. N. F. Bd. X. S. 283.

Zu 8) Indem sich hierüber auf die im Bd. III. Kap. XXVIII. des besondern Theils enthaltene Erörterung des Begriffs und Umfangs der Alimentations-Verbindlichkeit bezogen wird, unterliegt die verneinende Antwort keinem Zweifel; l. 5. §. 16. D. 25. 3. Eine Ausnahme findet jedoch nach der Natur der Sache alsdann statt, wenn Jemand dem Alimentanden Alimente creditirt hat. [Ueber Alimente für eine verflossene Zeit erkannte das O.-A.-G. zu Darmstadt: „Die Verbindlichkeit zur Alimentation, die ihren Grund in der Hilfsbedürftigkeit des die Alimente Ansprechenden hat, ist nur subsidiär (s. Seuffert's Archiv, VI. No. 36.), und wenn die Kinder ihre Eltern ernähren sollen, so ist diese Pflicht nicht, wie umgekehrt, Regel, son-

dern Ausnahme, die der Einschränkung unterliegt. Zweck der Alimentation ist nicht Entschädigung für die Vergangenheit (s. Seuffert's Archiv XII. No. 164.), sondern wider gegenwärtige Noth. Wenn Kläger sich darauf bezieht, daß er Schulden tilgen müsse, so ist sein Kind an sich nicht dazu verbunden, ihn dazu in Stand zu setzen" (s. Seuffert's Archiv X. No. 264.): Seufferts Archiv XII. No. 278.]

Zu 9) Einige glauben diese Frage vermöge l. 4. D. 27. 2., vergl. mit l. 12. §. 3. l. 13. §. 2. D. 26. 7. u. l. 1. §. 2. D. 27. 3., bejahen zu dürfen; s. Thibaut Versuche Bd. I. no. 12., Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. I. §. 211., Leyser Spec. 325. Med. 1. u. 2. Es wird aber dagegen wohl mit Recht erinnert: daraus, daß in den allegirten Gesetzen dem Vormund eine Ausgabe für Alimente der Schwester des Pupillen nachgesehen wird, folge noch nicht die streng rechtliche Verbindlichkeit, welche in keinem Gesetz ausgesprochen, daher nur als eine dem Rechtszwang nicht unterworfene Liebespflicht anzusehen ist; s. Höpfner Institt. Comm. §. 105. not. 2. (Ed. VII.), Schweppe a. a. O. Thl. IV. S. 18. not. 5., Hasse Güterrecht der Ehegatten Thl. I. §. 100., Müller im Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. XIII. S. 234., Glück Thl. XXVIII. S. 236., Walch Introd. in Controv. jur. civ. Sect. I. Cap. II. Membr. II. §. 23. pag. 116., Weber von d. natürl. Verbindl. §. 102. S. 447. Diese Meinung ist auch von dem obersten Gerichtshof in Bayern angenommen; s. Seuffert u. Glück's Blätter f. Rechtsanw. Bd. II. S. 411.

Zu 10) Bei prägnanten Wahrscheinlichkeits-Gründen kann auch während des Processes ein Provisorium im Nothfall erlassen werden; s. Glück Thl. XXVIII. S. 291., Schweppe a. a. O. Bd. IV. §. 642. S. 18.

Zu 11) Die Meinungen hierüber sind verschieden. Zuvörderst wird von Mehreren ein Unterschied zwischen alimenta civilia und naturalia geltend gemacht, indem behauptet wird, letztere könne der Vater nie, sondern nur erstere dem Kinde entziehen; s. Stryck Usus mod. P. Lib. 25. tit. 3. §. 7., Hofacker Princ. jur. civ. T. I. §. 559., Thibaut System d. P. R. §. 243. (Ed. VIII.) Glück Thl. XXVIII. S. 59., Leyser Vol. I. Sp. 18. Med. 5., was indessen nur aus Grundsätzen der Billigkeit, nicht aber aus den Gesetzen hergeleitet werden kann, und gegen diese sogar zu einer Inconsequenz führt; denn wie Puggé im Rhein. Museum Bd. III. S. 564. bemerkt, will es sich nicht zusammen vertragen, daß der Vater in den bestimmten Indignitätsfällen dem Sohne gar nichts zu hinterlassen braucht, und doch bei Lebzeiten sich selbst so viel abzubrechen gezwungen seyn soll,

um das unwürdige Kind zu erhalten. Insgemein werden die rechtmäßigen Gründe zur Entziehung der Alimente auf die gesetzlichen Enterbungsursachen reducirt; s. Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. I. §. 211., Voet Comm. ad Pand. Lib. 25. tit 3. §. 18., Stryck Us. mod. Pand. h. t. §. 7., Glück Thl. XXVIII. S. 59. Manche setzen ein grobes Verbrechen voraus; s. Thibaut System d. P. R. §. 242. (Ed. VIII.) Der oben erwähnte principielle Unterschied zwischen alimenta naturalia und civilia ist im Preuß. Landr. Thl. II. Tit. 2. §. 252. und im Oesterreichischen Gesetzbuch Thl. II. Hauptst. 14. §. 795. angenommen und zwar im letzteren mit voller Consequenz, nämlich auch als Beschränkung des Enterbungsrechts durchgeführt.

In unseren Gesetzen, s. l. 5. §. 11. 25. 3., ist eigentlich die Erheblichkeit der gegen die Alimentations-Verbindlichkeit zu erhebenden Verweigerungsgründe wegen Indignität der richterlichen Beurtheilung überlassen, welche daher wohl das juste milieu zu ergreifen geneigt seyn wird.

Zu 12) Nein; denn dadurch werden die Bande der Natur nicht gelöst, auf welche die gesetzliche Verbindlichkeit gegründet ist; s. l. 8. §. 5. C. 6. 61. — l. 5. pr. u. §. 1. D. 25. 3., daher die väterliche Alimentations-Verbindlichkeit sich auch auf die Schwiegertochter erstreckt, wenn der Sohn sich mit Bewilligung des Vaters verehelicht hat; s. Glück a. a. O.

Zu 13) Nein; s. Nov. 12. c. 2.

Zu 14) Auf die Erben als solche geht diese Verpflichtung regelmäßig nicht über, da sie lediglich in dem Kindsverhältniß (caritate sanguinis) ihren Grund hat, und mit dem Vermögen, also auch mit dessen Uebergang auf die Erben nicht zusammenhängt; l. 5. §. 2. u. 17. D. 25. 3. — l. 8. §. 5. C. 6. 61. — Kinder sind demnach zum Unterhalt ihrer verarmten Eltern verbunden, und gleiche Verpflichtung liegt auch den Kindeskindern gegen ihre Großeltern und Urgroßeltern ob; l. 5. §. 2. cit., aber Erben der Kinder können nur dann in ihrer Eigenschaft als Erben zur Alimentation der Eltern ihrer Erblasser verbunden seyn, wenn die Kinder selbst schon zu ihren Lebzeiten ihren Eltern Alimente gereicht haben, und diese Verabreichung in der schon damals eingetretenen äußersten Armuth der Eltern ihren Grund hatte; l. 5. §. 17. cit. Entstehen kann diese Verbindlichkeit nicht erst bei den fremden Erben; vergl. Glück Thl. XXVIII. S. 60., Schweppe röm. Privatr. Thl. IV. S. 19. Allemal geht übrigens die Alimentations-Verbindlichkeit auf die Erben über, wenn sie auf einem andern

Grunde als dem der Verwandtschaft, z. B. auf einem Delict beruht; l. 10. pr. l. 16. pr. D. 34. 1.

Zu 15) Nein; wohl aber auf rückständig gebliebene; Schweppe a. a. O. Bd. IV. S. 20.

Zu 16) Die Meinungen hierüber sind verschieden. Gewöhnlich pflegt man zu unterscheiden, ob die Alimente animo donandi oder negotiorum gestionis gegeben waren. Bei Eltern wird die Absicht zu schenken allemal rechtlich vermuthet; l. 34. l. 44. D. 3. 5. — l. 50. D. 10. 2. — l. 5. C. 4. 28. — l. 11. l. 15. C. 2. 19., was aber bei andern Verwandten nicht der Fall ist; s. Schweppe a. a. O. Bd. IV. S. 21., Hagemann in den prakt. Erörter. Bd. VI. no. 15. S. 88., Walch Introd. in controv. jur. civ. pag. 72., Cocceji jus controv. Lib. III. tit. V. qu. 10., Müller ad Leyser T. III. Fasc. II. Obs. 583. Andere sprechen das Rückforderungsrecht ohne Unterschied in beiden Fällen ab; s. Glück Thl. XXVIII. S. 291.; denn — sagen sie — lag eine Zwangspflicht zu Grunde, so ist der Fall einer Nichtschuld und einer deshalb anzustellenden Condiction eben so wenig gegeben, als nach l. 13. C. de neg. gest. (2. 19.) die act. neg. gest. platzgreifend; — waren sie aber aus Liebe gegeben, so können sie so wenig als andere Schenkungen unter Lebenden zurückgenommen werden. Es müssen daher besondere Umstände stattgefunden haben, welche den animus repetendi zu involviren geeignet sind.

Zu 17) Da hier die Absicht zu schenken nicht vermuthet wird, mithin von demjenigen, welcher sie behauptet, als Einrede erwiesen werden muß, so findet die act. neg. gestorum wohl unbedenklich statt, doch scheint nach Beschaffenheit der Umstände der Einwand von Seite der Beklagten zulässig, daß sie, wenn sie den Fall gewußt hätten, die Verpflegung wohl selbst in natura übernommen haben würden, und daß die Diligenz eines neg. gestor nicht beobachtet worden sey; Schweppe röm. Privatr. Bd. IV. S. 21.

Zu 18) Von der früheren Meinung, daß nächst dem Vater — vorausgesetzt, daß er sui juris ist, — die Ascendenten der väterlichen Linie, und erst bei deren Ermangelung oder Dürftigkeit die Mutter zur Alimentation der Kinder verbunden sey, ist ziemlich allgemein abgegangen worden. Man statuirt vielmehr, daß zunächst der Vater, und nächst ihm die wohlhabende Mutter, und nur in Ermangelung beider die weiteren Ascendenten verbunden seyen, und zwar nach Einigen, z. B. Hommel, Hufeland, früher auch Thibaut, die väterlichen Ascendenten vorzugsweise, und erst nach ihnen die mütterlichen Ascendenten, bezüglich l. 5. pr. §. 1 — 4. l. 8. D. 25. 3., nach

Andern die Ascendenten väterlicher und mütterlicher Seits in gleichem Verhältniß; s. Glück Thl. XXVIII. S. 219., Thibaut System des P. R. Bd. I. §. 240. (Ed. VIII.), wo er seine in §. 347. der älteren Ausgaben für den Vorgang des väterlichen Ascendenten erklärte Meinung abgeändert hat; s. auch Popp ausgewählte Rechtsfälle Bd. I. S. 167. und das Obertribunal zu Stuttgart: Seuffert's Archiv XIII. No. 265.

Zu 19) Daß nach römischem und also gemeinem Recht diese Frage verneinend beantwortet werden müsse, ist wohl nach den von uns im Bd. III. Kap. V. des allgem. Theils lit. b. Fr. 5. angeführten Autoritäten nicht zu bezweifeln. Anders scheint es sich zwar nach germanischen Rechten zu verhalten; denn z. B. Niemand trägt Bedenken, die Abtheilung, welche der Vater mit den in seiner Gewalt stehenden Kindern vornimmt, für vollkommen wirksam anzuerkennen; Niemandem fällt es ein, die Wirksamkeit eines Einkindschaftsvertrags und den darin liegenden Verzicht der Kinder auf die Ausantwortung ihres Antheils am Gesammtgut aus dem Grund anzufechten, weil hier der Vater sich mit seinen Hauskindern vereinbart hat, und unzählige Male kommt es vor, daß der Vater bei seinen Lebzeiten Haus und Hof an eines der noch in der väterlichen Gewalt stehenden Kinder abgibt; s. Kraut Vormundschaftsrecht Bd. II. S. 615.

Wenn wir dies aber auch zugeben müssen, so dürfen wir noch immer mit Sintenis im pr. Civilr. Bd. III. S. 164. not. 8. behaupten, daß die bejahende Entscheidung nicht über die Grenzen der eigentlich germanischen Institute und der Particularrechte hinausgehen dürfe; s. auch Selchow Elem. jur. Germ. Lib. II. Cap. II. Tit. I. §. 491. Selbst Kraut gesteht a. a. O., daß auch nach älterem deutschen Recht der Vater bei den mit den unter seiner Vormundschaft stehenden Kindern abzuschließenden Rechtsgeschäften entweder andere Blutsfreunde oder in deren Ermangelung die obervormundschaftliche Behörde zuziehen mußte. Die gesetzliche Bestimmung, daß Verträge zwischen Vater und Haussohn rechtlich nicht stattfinden, ist in Justinians Sammlungen aufgenommen — §. 6. J. 3. 19. (20.) l. 2. pr. D. 18. 1., — sie ist der heutigen Staatsverfassung nicht zuwider, steht auch mit den übrigen Gesetzen über Willensfreiheit im Einklang, und man möchte sogar mit Paulus in l. 16. D. 47. 2. sagen: non juris constitutio, sed natura rei impedimento est, quod non magis cum his, quos in potestate habemus, quam nobiscum ipsi agere possumus. — Wenn der Haussohn nicht lädirt ist, wird eine Streitfrage über die Giltigkeit des Vertrags nicht leicht entstehen, ist dies aber der Fall, so

kann die gesetzliche Bestimmung nur für heilsam und billig erkannt werden, besonders wenn man bedenkt, wie leicht ein zur zweiten Ehe geschrittener Vater geneigt ist, seinen Zustand auf Kosten der erstehelichen Kinder zu verbessern. [Vorstehende Frage ist unter den Neueren noch sehr bestritten. Wolff, Lehrb. d. deut. Privatr. (1848) sagt schlechthin, daß als gemeines Recht jetzt die römischen Grundsätze über väterl. Gewalt gelten (Bd. I. §. 229.); ingleichen spricht Renaud, Lehrb. d. deut. Privatr. (1848.) von der zwischen Vater und Sohn bestehenden Personeneinheit und meint, daß infolge derselben keine vollgiltigen Rechtsgeschäfte zwischen jenen abgeschlossen werden könnten, wenn nicht dem Kinde hierzu ein besonderer Vormund vom Gericht des väterl. Wohnorts bestellt worden (Bd. I. §. 178.). Der entgegengesetzten Ansicht sind Kraut, Vormundschaft, II. S. 638 ff., v. Gerber System Bd. II. §. 242. und Bluntschli deut. Privatr. (2. Aufl. §. 175.), unter Berufung auf das Bayer. Landrecht I. 5. §. 2. Vergl. auch Seuffert's Archiv VII. No. 195. 196. und Heimbach in Weiske's Rechtslexikon, Bd. XIV. S. 63.]

Zu 20) Wenn der Vater, ohne die Schenkung widerrufen zu haben, stirbt, oder den Sohn emancipirt hat, ohne sie zurückzufordern, l. 25. C. 5. 16. — l. 6. §. 2. in fine C. 6. 61. — l. 17. C. 8. 54. — l. 31. §. 2. D. 39. 5.

Zu 21) In der Regel nur dann, wenn das Adelsprivilegium ausdrücklich auf sie erstreckt ist; s. Eichhorn Einl. in d. deutsche Privatrecht S. 177., Klüber de nobilit. codicill. §. 5. Abweichend hiervon ist Hommel Rhaps. Obs. 770., auch das preuß. allg. Landr. Thl. II. Tit. 9. §. 11.

Zu 22) Der Vater haftet, wenn er durch dolus den Dritten in Nachtheil gebracht hat; Puchta Pand. §. 277. no. 3.

---

§. 67.

b) Von den Peculien der Kinder.

J. II. 9. per quas personas nobis acquiritur. Dig. XV. 1. de peculio u. XV. 2. quando de peculio actio annalis est. Dig. 49. 17. de castrensi peculio — Cod. XII. 31. de castrensi omnium palatinorum peculio. Cod. VI. 60. de bonis maternis et materni generis. Cod. VI. 61. de bonis quae liberis etc.

1) Was versteht man unter peculium und wie vielerlei Arten desselben gibt es je nach seiner Entstehung?

2) Gehören die Pathengeschenke (pecunia lustrica) zum peculium profectitium?

2 a) [Gehören nothwendige Kleidungsstücke zum pec. prof.?]

3) Was für Vermögenschaften sind unter dem peculium castrense begriffen?

4) Welche unter dem quasi castrense?

5) Welche unter dem Adventizgut?

6) Wenn darüber Streit entsteht, ob ein peculium profectitiae oder adventitiae qualitatis sey, wofür streitet die Vermuthung?

7) Was für Rechte hat der Vater an dem pec. profectitium?

8) Desgleichen am pec. castrense und quasi castrense?

9) Desgleichen am Adventizgut, insbesondere wenn es in einem ususfructus besteht? Was für Haftung und Verbindlichkeit hat der Vater in Ansehung des pec. adventitium?

10) Findet das Recht des pec. militare auch auf militärische Beamte, z. B. Kriegscommissäre und dergl. Anwendung?

11) In welchen Fällen kann der dem Vater am Adventizgut zustehende Nießbrauch cessiren?

12) Kann die Mutter oder Großmutter an dem, was sie ihren Kindern oder Enkeln hinterläßt, durch eine testamentarische Bestimmung dem Vater uneingeschränkt das Nutznießungsrecht entziehen?

13) Findet die beschränkende Vorschrift der Nov. 117. c. 1. auch auf das mütterliche Nutznießungsrecht Anwendung?

14) Kann das Hauskind über das adventitium irregulare giltig testiren?

15) Kann dasselbe nicht ausnahmsweise zum Besten einer frommen Stiftung über das adventitium regulare letztwillig verfügen?

16) Können die Gläubiger des in Concurs gerathenen Vaters sich auch an das peculium profectitium der Kinder halten?

17) Auf welche Art endigt sich der väterliche Nießbrauch an den Adventizgütern der Kinder?

18) Geht das väterliche Administrationsrecht durch Eingehung einer zweiten Ehe verloren?

19) Geht der väterliche Nießbrauch am Adventizgut durch die Adoption verloren?

20) Erwirbt der Adoptivvater den Nießbrauch an dem pec. advent. irregulare, wo ihn der leibliche Vater nicht hatte?

21) Liegt in dem väterlichen Nießbrauch an dem Adventizgut auch die Verbindlichkeit, die darauf haftenden Schulden zu zahlen, und Gebäude auf den dazu gehörigen Landgütern zu errichten?

22) Wenn dem Haussohn legata annua oder legata redituum, z. B. durch eine Familienstiftung, verschafft sind, kann der Vater diese sich auch zueignen, so lange die väterliche Gewalt dauert?

23) Ist der Verzicht des Vaters auf den Nießbrauch an dem peculium adventitium des Sohnes unwiderruflich?

Zu 1) Als Ausnahme von der Regel des älteren R. R., nach welcher Alles, was ein filius familias an Vermögen erlangte, in das Vermögen des pater familias hineinfiel, und mit diesem eine juristisch ungetrennte Masse bildete, wird unter peculium oder Sondergut, welches als eine universitas juris gilt, l. 20. §. 10. D. 5. 3., ein solches Vermögen des Kindes verstanden, welches nicht in diese Masse hineinfiel. Dieses konnte entstehen:

a) als peculium profectitium, nämlich an mittelbar oder unmittelbar vom parens herrührenden*) Vermögensstücken, welche er selbst — jedoch in widerruflicher Weise — seinem Hauskind in der Art und zu dem Zweck eingeräumt hat, damit dieses sie, obgleich sie substantia paterna bleiben, auf eigene Rechnung und mit gewissen Berechtigungen wie ein eigenes Vermögen, quasi patrimonium für sich selber inne habe,**) soweit dieses über=

*) Gegen die zu weite Ausdehnung auf das, was das Kind von Dritten, aber um des Vaters willen erhält, s. Schweppe röm. Privatr. Bd. IV. §. 649., v. Vangerow Pand. Bd. I. S. 500., Marezoll in Linde's Zeitschrift Bd. VIII. S. 264.

**) Doch liegt es nicht nothwendig und wesentlich in der väterlichen concessio und datio peculii, daß der Haussohn über dasselbe die Administration erlange, wie früher Marezoll mit Mehreren angenommen, s. Linde's Zeitschr. Bd. VIII. S. 243., später aber zurückgenommen, vielmehr die concessio administrationis als etwas Zufälliges erklärt hat; s. ebend. N. F. Bd. V. S. 200. In der concedirten freien Peculienverwaltung liegt übrigens nicht die Befugniß, etwas aus dem Peculium zu verschenken; l. 7. §. 4. 5. D. 39. 5. In Betreff der passiven Obligationen, welche aus der Verwaltung eines Peculiums entstehen, wird jedoch der Haussohn civiliter verbindlich; l. 6. §. 7. D. 19. 1. — l. 1. §. 42. D. 16. 3. und selbst der Gewalthaber bis auf den Betrag des Peculiums, oder einer nachgewiesenen Version; l. 44. l. 45. D. 15. 1.

haupt mit den strengen Grundsätzen der väterlichen Gewalt verträglich ist; Marezoll in der Zeitschrift f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. V. S. 173.

b) Durch gewisse von den Gesetzen schon im älteren Recht besonders begünstigte Arten und Bedingungen der Erwerbung (castrense und quasi castrense); endlich nach dem neueren Recht;

c) durch jede andere Art der Erwerbung, als ex re patris (extrinsecus acquisita oder bona adventitia).

Zu 2) Mehrere halten dafür, daß man sie zum Profectizgut rechnen müsse, weil sie nach ihrer geschichtlichen Entstehungsart dem Vater zur Erleichterung der Taufkosten rc. gegeben waren; s. Marezoll in der Zeitschr. für Civilr. und Proc. Bd. VIII. S. 276. Die Absicht des Gebers muß aber nach heutiger Sitte und Gebrauch, besonders nach particulären Gewohnheiten beurtheilt werden, welche meist offenkundig sind, und sind diese zu Gunsten des Kinds, so müssen die Pathengeschenke als pec. adventitium regulare angesehen werden; cf. Glück Thl. XIV. S. 367., v. Vangerow Pandecten Bd. I. §. 236. Anm. 1. S. 501., Walch Controv. jur. civ. pag. 76., Heimbach im Rechtslexikon Bd. VII. S. 884.

Zu 2a) [Diese Frage ist wegen zweier Stellen (l. 25. u. l. 40. §. 1. D. 15. 1.), welche mit einander im Widerspruch zu stehen scheinen, von jeher bestritten gewesen. Ueber die Vereinigungsversuche s. Ubbelohde i. d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. XVI. S. 423 ff.; Dieser erklärt so: im Verhältniß des Peculiums zu seinem hausunterthänigen Inhaber selbst werden dazu auch diejenigen Gegenstände gezählt, welche der Gewalthaber zu geben verpflichtet ist, also z. B. nothwendige Kleidungsstücke; im Verhältniß aber zu den Gläubigern des hausunterthänigen Inhabers werden jene Gegenstände von der Einrechnung ausgeschlossen; von jenem Verhältniß rede Pomponius in der ersteren, vom diesem aber Marcian in der anderen Stelle.]

Zu 3) Nicht nur was in castris per militiam erworben wird, wie Sold und Beute, sondern auch jede occasione militiae herbeigeführte Erwerbung; l. 1. C. 12. 37. — l. 4. C. 3. 36. z. B.

a) was militae causa gegeben war, wie das zur Ausrüstung oder militärischen Equipirung Empfangene, und in weiterer Ausdehnung, vermöge rechtlicher Präsumtion, was eunti in castra gegeben wird; l. 3. §. 4. D. 24. 1. — l. 6. l. 11. D. 49. 17. — l. 1. C. 12. 37. — l. 4. C. 3. 36., nur muß es nicht von einer solchen Art seyn, welche dieser blos präsum-

tiven Bestimmung nicht entspricht, wie Gemälde, Büchersammlungen, Immobilien; Marezoll a. a. O. Bd. VIII. S. 113.

b) Occasione militiae wird als erworben betrachtet, was dem Soldaten von Kriegskameraden, oder von andern Personen, mit welchen er durch den Kriegsdienst in näheres Verhältniß kam, zugewendet wird; l. 1. l. 4. C. 12. 37. — l. 16. §. 1. D. 49. 1. War aber der Erblasser ein Verwandter, so wird die Zuwendung nur dann als occasione militiae geschehen erachtet, wenn beide wirklich zusammen dienten und das Testament post commilitium gemacht ist; l. 16. §. 1. l. 19. D. 49. 17. — l. 4. C. 12. 37. — Hier kann natürlich der vorerwähnte Unterschied zwischen beweglichen oder unbeweglichen Gegenständen nicht Platz greifen.

c) Nach einem besondern Rescript Kaisers Hadrian fällt auch die Erbschaft, welche dem Krieger von seiner Frau durch ein während seiner Dienstzeit errichtetes Testament und, während er sich im Kriegsdienst befindet, zugewendet wird, in das pec. castrense; l. 13. l. 16. D. 49. 17., was jedoch wegen seiner Singularität strict genommen, daher nicht auch von Vermächtnissen verstanden wird; s. Marezoll a. a. O. Bd. VIII. S. 115., Braun Dictate zu Thibaut's Pandecten Bd. II. S. 349.

Zu 4) Nicht schlechthin, was durch Ausübung einer Wissenschaft oder zum Behuf derselben erworben worden ist; s. Glück Thl. XIV. S. 364., Thibaut System d. P. R. Bd. I. §. 359., sondern nur was durch ein öffentliches Amt, Hofchargen oder durch die Advokatur erworben wird; l. 7. C. 1. 51. — l. 4. l. 14. C. 2. 7. — l. ult. C. 12. 37. — beim Geistlichen*) aber ist Alles, was er auf irgend

---

*) Eine besondere Bedeutung hat das peculium clericale, wovon in der Decretensammlung Gregors IX. III. 25. gehandelt wird, und worunter alles dasjenige verstanden wird, was ein Geistlicher von den Einkünften erspart hat, die er durch die Kirche oder in Rücksicht derselben gehabt hat, wofür nach erlangter Ordination die juristische Präsumtion sprach, und wovon ursprünglich der Grundsatz gegolten hat, daß, was durch die Kirche erworben worden ist, bei dem Tod des Geistlichen ihr wieder zufallen müsse. Diese Strenge wurde indessen später dadurch gemildert, daß man den Geistlichen am Peculium wenigstens Dispositionen unter Lebenden erlaubte; c. 1. X. de succ. ab. int. 3. 27. und Vermächtnisse aus dem Peculium zu Gunsten der Armen, frommen Stiftungen und solcher Personen, welche sich um den Verstorbenen besonders verdient gemacht hatten, aufrecht erhalten wurden; c. 12. X. 3. 26., woraus

eine Art, — ausgenommen ex re patris — s. v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 235. — acquirirt, als quasi castrense begünstigt, l. 34. C. 1. 3. — Nov. 123. c. 19., vergl. v. Löhr im Archiv f. civilist. Praxis Bd. X. 175., Marezoll in der Zeitschr. für Civilr. und Proc. Bd. VIII. S. 116.*) Geschenke des Fürsten und seiner Gemahlin gelten vi legis überall als quasi castrensische Zuwendungen, l. 7. C. 6. 61.

Zu 5) Adventitien entstehen: einmal wenn dem Hauskind ein Erwerb zufällt, der ihm nicht aus dem Vermögen desjenigen zufließt, dem die väterliche Gewalt über dasselbe zusteht, und sodann, wenn durch diesen Erwerb das Hauskind zum homo sui juris in Beziehung auf dasselbe gemacht wird. Durch das erste Requisit ist das peculium profectitium, durch das zweite das peculium castrense und quasi castrense von dem Begriff der Adventitien ausgeschlossen; Buchholtz in d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. XIV. S. 283.

Zu 6) Die Meinungen hierüber sind sehr getheilt. Einige vermuthen in dem Fall, wenn es ungewiß ist, ob die Sachen extrinsecus oder ex patris substantia herkommen, für pec. profectitium, weil dieses die älteste Art der Peculien ist, und der Sohn nur ex concessione patris zu eigen besitzen konnte; s. Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. III. §. 568. not. 1., Leyser Vol. I. Spec. 164. M. 6. Dieser Argumentation, welcher auch Marezoll a. a. O. Bd. VIII. S. 283. — obwohl aus anderen Gründen — beistimmt, ob er gleich S. 281. bemerkt, daß eine allgemeine Rechtsvermuthung für eine oder die andere Art der Peculien gar nicht bestehe, scheint jedoch die gänzliche Reform des alten Peculienrechts entgegen zu stehen, nach welcher das, was sonst Regel war, vielmehr zur Ausnahme geworden ist, Lauterbach in Coll. th. pr. Pand. Lib. 15. tit. I. §. 21. stellt mehrere praesumtiones hominis auf, welche den Richter bestimmen könnten, für eine oder die andere Art der Peculien zu entscheiden, und will, wenn diese sich das Gleichgewicht halten, die Regel: melior est causa possidentis zu Hilfe nehmen, deren Unanwendbarkeit jedoch Marezoll a. a. O. aus dem Grund darthut, weil der Besitz des Sohnes durch gar manche zufällige Entstehungsursachen herbeigeführt worden seyn kann; Marezoll

---

sich ferner die Praxis bildete, welche Testamenten der Geistlichen zu Gunsten dürftiger Verwandten auch rücksichtlich dieses Sondergutes Giltigkeit gewährt; s. Heimbach im Rechtslex. Bd. VII. S. 885.

*) Das den Geistlichen ex re patris Erworbene wird demnach nur dann ein quasi castrense, wenn der Vater den entschiedenen Willen hatte, es zu ihrem Eigenthum zu machen; Puchta Pand. Vorl. §. 435.

argumentirt für die präsumtive qualitas profectitia also: wenn die Sachen in den Händen des Vaters waren, so muß man eben schon deswegen sie als von ihm herrührend vermuthen. (?) Waren sie in den Händen des Sohns, so ist es am natürlichsten, dasselbe anzunehmen; denn sonst müßte der Sohn doch wissen, woher er es extrinsecus erworben, und solches beweisen (?) können. Denn als Adventizgut müßte es ja eigentlich in den Händen des Vaters seyn; daß der Sohn dasselbe selst verwaltet, widerstreitet geradezu der Adventizeigenschaft, der Sohn müßte also die Qualität eines pec. castrense oder adv. irregulare behaupten, beides aber könne als Ausnahme von der Regel gar nicht vermuthet werden.

Andere Rechtslehrer, z. B. Hofacker Princ. jur. civ. T. I. §. 571., Glück Thl. XIV. §. 908. S. 368., Thibaut System d. P. R. Bd. I. §. 253. (Ed. 8.), Braun Dictate dazu §. 350. S. 353., Schweppe röm. Privatr. §. 648.a., v. Wening-Ingenheim Lehrb. d. gem. Civilr. §. 392. (81.), stellen die Vermuthung für Adventizgut auf. Sie begründen dieselbe nicht nur aus l. 17. C. 3. 33., welche freilich wie Marezoll a. a. O. bemerkt, keinen zureichenden Grund zu gewähren scheint, sondern auch aus der Betrachtung, daß nach dem neuern Recht das Eigenthum des Sohns die Regel bei den Peculien bildet, indem fast Alles Adventizgut ist, was nicht entweder profectitium oder militare ist, und der Begriff des adventitium ein negativ allgemeiner ist, woraus folgt, daß, wenn der Vat[illegible] die Peculieneigenschaft überhaupt nicht widerspricht, derselbe die behauptete positive Beschränkung beweisen müsse; Puchta Pand. Vorl. §. 436. — Dieser Ansicht scheinen auch die Regeln des heutigen Processes zu Statten zu kommen; denn entweder ist der Vater Kläger, so trifft ihn von selbst die Beweislast für seinen Klaggrund, ist aber der Sohn Kläger, so kann der Besitz des Vaters nichts zu seinen Gunsten wirken, weil dieses gerade gegen die Natur des profectitii und nur beim adventitio regulari Rechtens ist, mithin, wenn die Peculieneigenschaft von ihm nicht widersprochen werden kann, nichts natürlicher ist, als daß er sein behauptetes besonderes Recht daran beweisen müsse, welches eine Abweichung von der h. z. T. gewöhnlichen Eigenschaft des Vermögens der Kinder enthält.

Zu 7) Immer behält der Vater das freie und volle Eigenthum, wenn er gleich dem Hauskind liberam administrationem daran überläßt, wodurch dieses in den Stand gesetzt ist, nach Gutdünken darüber zu disponiren, so lange der Vater es nicht zurückzieht, was ihm ganz oder theilweise freisteht. Mehrere Rechtslehrer legen dem Hauskind

sogar die Veräußerungsfreiheit bei; s. Schweppe a. a. O. Bd. IV. S. 43. bezüglich l. 18. §. 4. l. 19. D. 13. 7. — l. 10. C. 4. 26., wogegen jedoch l. 7. §. 1. l. 46. l. 48. D. 15. 1. angeführt wird; s. Puchta Lehrb. §. 434. — Unstreitig ist, daß der Sohn nichts davon verschenken darf; l. 18. §. 4. D. 13. 7. — l. 16. l. 23. l. 25. D. 46. 2., vgl. mit l. 34. pr. D. eod. — l. 20—22. D. 12. 2., man kann aber auch, ohne das ganze System zu verletzen, welches durchaus dem Gewalthaber das Eigenthum des pec. profectit. beilegt, nicht behaupten, daß der Haussohn onerose Verträge bezüglich desselben eingehen könne; s. Heimbach a. a. O. S. 864., wofern der Vater nicht dem Sohn die freie Verwaltung zugestanden hat, welche von der bloßen Erlaubniß, ein peculium zu haben, wohl zu unterscheiden ist; l. 7. §. 1. D. 15. 1. und welche wenigstens die Befugniß, etwas daraus zu verschenken, mit sich bringt; l. 7. §. 1—5. D. 39. 5. — vergl. auch Weiske Rechtslex. Bd. I. S. 70—72. Das Eigenthum erhält der Sohn am pec. profectitium, wenn er durch Emancipation, ohne daß der Vater es zurückgenommen hat, l. 31. §. 2. D. 39. 5., oder durch dignitates aus der väterlichen Gewalt tritt; Nov. 81. c. 1., Puchta a. a. O. und, nach einer singulären Bestimmung, auch dann, wenn der Fiscus das Vermögen des Vaters Schulden halber in Beschlag nimmt, l. 3. §. 4. D. 4. 4. — cf. l. 1. §. 4. D. 15. 2.

Zu 8) Von diesem blieb die väterliche Gewalt völlig ausgeschlossen, vielmehr wurde der Sohn einem pater familias gleich geachtet, daher er auch alle seine Schulden — doch unter Bevorzugung der castrensischen Schulden — aus dem peculio castrensi zahlen mußte. Er konnte auch giltig darüber testiren und Schenkungen auf den Todesfall errichten.

Dem Vater waren gleichwohl einige secundäre Ansprüche darauf gesetzlich zugestanden, und zwar:

a) die Befugniß, eine zum pec. castrense gehörige Erbschaft, wie wenn er selbst berufen wäre, anzutreten, wenn der Sohn sie ausgeschlagen hatte, l. 8. §. 2. C. 6. 61. —

b) Das pec. castrense in dem Fall an sich zu ziehen, wenn das Vermögen des Sohns Verbrechen halber confiscirt ward, l. 7. C. 5. 70. — Doch fielen die vom Regenten und seiner Gemahlin erhaltenen Geschenke der Confiscation allerdings heim; Thibaut System d. P.-R. §. 359., Glück Thl. XIV. S. 363.

c) Bedurfte der Sohn eines Curators wegen dieses Sonderguts, so war der Vater dazu auserseheu; l. 7. pr. C. 5. 70.

Zu 9) Auch hier hat das Hauskind die Proprietät, der Vater aber den nutznießlichen Besitz, hiernächst solche secundäre Ansprüche, wie eben vom pec. militare lit. a. u. b. bemerkt wurden; l. 8. pr. §. 1. C. 6. 61. — l. 3. C. 9. 49., überdem, wenn das Adventizgut in einem ususfructus besteht, daß er zugleich mit dem Kinde als Usufructuar gilt, daher das mit der Unvererblichkeit dieses blos persönlichen Rechts verbundene Erlöschen desselben durch den Tod des Usufructuars erst dann eintreten kann, wenn Vater und Sohn sterben. Denn nach Vorabsterben des Kindes besteht der ususfructus in der Person des Vaters und im umgekehrten Fall in der Person des Kindes fort, l. ult. C. 3. 33., Marezoll Revision d. Lehre v. d. s. g. Adventitien in der Zeitschrift f. Civilr. und Proc. Bd. VIII. S. 58.

Das dem Vater zustehende Recht des Besitzes, Usufructs und der Handhabung (gubernatio) des Adventizguts besteht nach R. R. in der weitesten Ausdehnung, tanquam plenissima potestas utendi, fruendi et gubernandi, l. 6. §. 2. C. 6. 61. Nur Veräußerungen und Verpfändungen sind ihm — die in l. 1. C. 6. 61. Auth. l. 8. §. 3—5. C. 6. 61. Nov. 22. c. 24. bestimmten Ausnahmsfälle abgerechnet, — verboten, und zwar — was von Einigen, s. v. Wening-Ingenheim Lehrb. §. 393. u. O.-A.-G. zu Celle in Seuffert's Archiv VIII. No. 60. mit Beziehung auf l. 8. §. 5. C. 6. 61. irrig geleugnet ist — selbst wenn das mündige Kind zustimmt; s. v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 236. Anm. 2. sub 2. Im Uebrigen ist er aber ganz unumschränkt, er administrirt in eigenem Namen, l. 1. C. 6. 60.; Marezoll in Linde's Zeitschrift Bd. VIII. S. 373., es darf ihm weder Sicherstellung, noch auch Rechnungslegung oder eine andere dahin abzweckende Maaßregel auferlegt werden; l. 8. §. 4. C. C. 61. Ratio est paterna reverentia quae excusat a ratiociniis et a cautionibus. leg cit. Solche Ausdehnung, ut omnia agere possint, tanquam solidum perfectumque dominium eis acquisitum fuisset, l. 1. C. 6. 60. hat nun freilich viel Bedenken und Erklärungsversuche bei den Rechtsgelehrten hervorgerufen;*) denn wie kann dann die gleichwohl unzweifelhafte Pflicht des Vaters, omnem culpam et diligentiam, quam quis in rebus suis nach l. 6. §. 2. l. 8. §. 4. C. 6. 61. zu prästiren und omnia integra

*) S. Marezoll a. a. O. S. 371. u. 388., welchem v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 236. Anm. 2. gefolgt ist; allein s. dagegen Puchta Pand §. 436., Sintenis pr. Civilr. u., wie auch Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. VII. S. 877. bemerkt, die meisten Rechtsgelehrten.

illibatave custodire l. 6. §. 2. l. 8. §. 4. 5. ibid. einen festen Boden gewinnen? Wie steht es da mit dem gleichwohl dem Hauskind — nur mit Ausnahme der Testirbefugniß l. 8. §. 5. C. 6. 61. — l. 11. C. 6. 22. — pr. J. 2. 11. unzweifelhaft zustehenden Eigenthum? Wir erinnern nur, daß auch im römischen Vormundschaftswesen die Rechnungsablage (act. rationibus distrahendis) erst nach geendigter Tutel stattfand. Um so weniger konnte während der Dauer der väterlichen Gewalt dem gubernium des Vaters die freie Bewegung versagt werden; sobald aber nach dessen Beendigung die Zurückgabe der Nutzungsgegenstände erfolgte, trat der Zeitpunkt ein, wo die Diligenz bei der custodia derselben in ihrer ursprünglichen Integrität präſtirt werden mußte; s. Sintenis pr. Civilr. Bd. III. §. 141. not. 33.

In dem Falle, wenn der Vater Gegenstände des Atventizguts ungiltiger Weise veräußert hat, kann die Frage entstehen: ob er selbst sie hinterher vindiciren könne, oder ob er nicht von seinem Abkäufer mit der exc. rei venditae et traditae zurückgewiesen werden könne? Da mit der Evictionsleistung, zu welcher der verkaufende Vater dem Käufer unstreitig verpflichtet war, — abgesehen von einigen singulären Ausnahmen — in der Regel ein Anspruch des Erwerbers auf die exc. rei vend. et trad. verbunden ist, so wird derselben wohl mit Grund stattgegeben, wie z. B. wenn der ohne Veräußerungsdecret verkaufende Vormund Erbe des Mündels geworden ist, Voet. Comm. XXVII. 9. §. 14., Brandis in der Zeitschrift f. Civilr. u. Proc. Bd. VII. S. 190., überhaupt, wo der Urheber der Veräußerung bei der Revocation nicht die Rechte der durch deren Verbot geschützten Personen wahrnimmt, sondern vermöge eigenen Rechts die veräußerte Sache wieder zu erlangen sucht.

Daraus folgt, daß der durch das Verbot geschützte Sohn ein vom Vater veräußertes Adventizgut in dem Fall, wenn er Erbe seines Vaters geworden ist, nicht vindiciren kann, weil die exc. vend. et trad. auch dem Erben so gut wie dem Erblasser entgegensteht; s. Erk. des O.-A.-Ger. in Oldenburg in Seuffert's Archiv. Bd. VI. H. 2. S. 292. u. S. 316.

Zu 10) Nur auf wirkliche Soldaten; l. 11. D. 49. 17., Glück Thl. XIV. S. 361.

Zu 11) Mit Rücksicht auf die gründliche Abhandlung von Buchholtz in der Zeitschrift f. Civilr. und Proc. Bd. XIV. S. 281. vergl. auch Marezoll ebend. Bd. VIII. S. 410. und Heimbach im Rechtslex. Bd. VII. S. 881. ꝛc.) rechnen wir hierher nur folgende Fälle:

1) wenn dasselbe dem Sohn mit der Bestimmung gegeben ist, daß der Vater kein Recht daran haben soll; Nov. 117. c. 1; vergl. dazu Seuffert's Archiv XII. No. 43.

2) wenn der Sohn etwas wider den Willen des Vaters erworben hat; l. 8. pr. §. 1. C. 6. 61. oder auch wenn der Hausvater den seinem Hauskinde deferirten Erwerb ausgeschlagen hat, und das minderjährige Hauskind gegen diese Ausschlagung sich hat in integrum restituiren lassen;

3) wenn der Vater mit dem Kinde gemeinschaftlich einem andern Kind succedirt, so verliert er das Nutznießungsrecht rücksichtlich der auf das Kind fallenden Erbportion. Nov. 118. c. 2.

In allen diesen Fällen entsteht sofort ein pec. adventitium extraordinarium.

4) Wenn der Vater an einem Universalfideicommiß, welches er nach beendigter väterlicher Gewalt dem Sohne restituiren soll, eine Untreue begangen hat; l. 50. D. 36. 1.

In diesem Fall verliert der Vater alles Recht daran, in Folge der von ihm verletzten Bedingung, so daß also der Sohn in ea re filio militi comparari debuit, s. v. Buchholz a. a. O. S. 316., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 235.

Streitig ist, ob übrigens der Vater durch untreue und schlechte Verwaltung, wo nicht den Genuß, doch wenigstens das Verwaltungsrecht verlieren kann? Wir glauben das Letztere annehmen zu dürfen; s. Erk. d. O.=A.=Ger. in Celle in Seuffert's Archiv Bd. VII. S. 282. Das Gegentheil glaubt Heimbach im Rechtslex. Bd. VII. S. 883. aus der Analogie der serv. ususfructus folgern zu dürfen, indem der Nießbraucher nie wegen schlechter Verwaltung seine Servitut verliert; allein eine Analogie läßt sich nicht aus ganz disparaten Instituten ziehen, das Rechtsinstitut der väterlichen Gewalt kann keine Erklärung im Servitutenrecht finden. — Ein Erkenntniß des O.=A.=Ger. in Jena s. Emminghaus Pand. S. 581. no. 38. stützt dieselbe Meinung zwar nicht auf jene unpassende Analogie, aber auf Autoritäten, die, wie wir in den hierunter folgenden Anmerkungen vor Augen legen, gerade das Gegentheil aussprechen: Es lautet also:

„Die Nutznießung und Verwaltung der Adventitien „des in seiner Gewalt befindlichen Kindes kann dem „Vater in keinem Fall entzogen werden, so lange diese Gewalt „dauert: kein Gesetz hat die, wenn auch noch so üble Verwal„tung mit jenem Verluste bedroht; Thibaut Pand. §. 363.

„Ausg. 5*), Glück Thl. XIV. S. 385.**) Vom Nießbrauch gilt „dies unbestritten. Aber auch von der Verwaltung muß es um so „mehr behauptet werden, nach l. 6. §. 2. l. 8. §. 4. C. 6. 61., seit „eine richtige Auslegung der l. 13. §. 2. C. 9. 51. den Schein ent- „fernt hat, als bringe dieses Gesetz ein anderes mit sich, s. Archiv „f. civil. Praxis Bd. VII. S. 268. Bd. X. S. 179."***)

Ob mit dem Austritt der Kinder aus der väterlichen Gewalt nicht blos der dem Vater zustehende usus fructus, sondern auch dessen Administrationsrecht alsdann aufhöre, wenn das Kind sich schon in der Minderjährigkeit selbst etablirt hat, ist bezweifelt worden; s. Leyser Sp. 164. Med. 4., Hommel Rhaps. Obs. 171. u. 667. Da aber auch dieses Recht sich nicht auf eine Vormundschaft, sondern auf die väterliche Gewalt gründet, so möchte wohl die Meinung vorzuziehen

---

*) Im Gegentheil sagt Thibaut vielmehr im §. 256. der 8. Ausgabe: „Verwüstung der Adventitien beraubt den Vater der Administration."

**) Eben so gerade entgegen sagt Glück a. a. O. S. 383.: „wenn der Vater durch Verschwendung, Nachlässigkeit oder Verwüstung der Adventitien die Kinder in Gefahr bringt, das Ihrige zu verlieren, so macht er sich der Administration verlustig." Als übereinstimmend werden angeführt: Wernher, Cramer, Hofacker u. a. Ihnen ist beizufügen: Mühlenbruch Lehrb. §. 569.

***) Löhr im civilist. Archiv a. a. O. will nämlich die in l. 13. §. 2. C. 9. 51. gegebene Entscheidung nur von dem darin unterstellten einzelnen Fall verstanden wissen, allein der Satz lautet allgemein: si patria potestate ad corrumpendi atque effundendi patrimonii licentiam abutatur, ut furioso ac dementi itemque prodigo, libidinum omnium vitiorumque servo non est eorum pecunia committenda. Ab administratione *fugiat*, neque *tutor* esse desinat. Mit Recht entgegnet daher Sintenis im Civilr. Bd. III. §. 141. not. 42. a., daß ein Vernunftsatz bei gleichem Grund auch gleiche Wirksamkeit haben müsse. Zwar beruft sich Löhr noch darauf, daß Justinian's allgemeine Verordnung über völlig unbeschränkte Verwaltung des Vaters in l. 6. §. 2. C. 6. 61. jünger sey, als die vorangeführte; allein nimmermehr wird sich aus dieser l. 6. deduciren lassen, daß sie einen solchen Mißbrauch der väterlichen Gewalt sanctioniren wolle, man müßte denn administratio und gubernatio für einerlei mit dilapidatio nehmen. Was die römischen Gesetze in Wahrheit aussprechen, ist vielmehr einfach folgendes: der Vater ist während der Dauer der väterlichen Gewalt nicht gehalten, Rechenschaft abzulegen; er ist nicht bloßer Verwalter, sondern Nutznießer. Wenn aber gegen ihn dargethan wird, daß er in offenbarem Mißbrauch seiner väterlichen Gewalt das Vermögen der Kinder zu verschulden und zu verschwenden anfängt, so kann eben so, wie wenn er geisteskrank oder für einen Verschwender erklärt ist, ihm die Verwaltung entzogen und einem Curator übertragen werden. Die gleichfalls von den Dissentienten oben angeführte l. 8. §. 4. C. 6. 61. spricht auch keineswegs für, sondern vielmehr gegen eine völlige Ungebundenheit des Vaters.

seyn, daß jenes mit dieser zu Ende gehe; s. Hagemann pr. Erörter. Bd. VII. S. 362.

Zu 12) Von Manchen ist ihr zwar dieses Recht vermöge der Auth. C. de bonis, quae liberis unbedingt eingeräumt worden, nach der gemeinen Meinung aber ist diese Gesetzesstelle der einschränkenden Auslegung der Novelle 117. c. 1. unterworfen, wonach also die fragliche Befugniß nur insoweit stattfindet, als das, was den Kindern hinterlassen wird, den Pflichttheil übersteigt; Quistorp rechtl. Bedenken Th. I. S. 317., Kapff merkwürdige Civilrechtssprüche Th. I. S. 76., und die allda angezogenen Autoren Walch, Leyser, Böhmer.

Zu 13) Die römischen Gesetze sprechen natürlich davon nichts, die meisten Rechtslehrer stimmen, wo nicht, wie Kapff a. a. O. S. 72. vom Würtembergischen Landrecht bemerkt, einheimische Rechte ein Anderes bestimmen, für die analoge Anwendung gedachter Novelle; Lauterbach Vol. II. Cons. 136. no. 8., Griebner Diss. de ususfr. legitimae patri non adimendo §. 15.

Zu 14) Daß das Hauskind über das pec. advent. regulare, wenn es gleich nach der, jedoch von v. Vangerow a. a. O. I. §. 236. Anm. 2. a. E. bestrittenen Meinung der Meisten bezüglich l. 25. §. 1. D. 39. 6., Thibaut §. 254. (Ed. 8.), wenigstens mit väterlicher Zustimmung eine Schenkung auf den Todesfall machen kann, doch nicht einmal mit väterlicher Zustimmung testiren könne, ist unzweifelhaft; s. pr. J. 2. 12. — l. 11. D. 6. 22. — l. 8. §. 5. C. 6. 61. In Ansehung des adventit. irregulare wird nun zwar von Einigen dem Hauskind die testamentifactio activa deswegen vindicirt, weil ihm in l. 8. §. 5. C. 6. 61. — und Nov. 117. c. 1. §. 1. im Allgemeinen unbeschränkte Dispositionsfreiheit darüber eingeräumt wird. Ueberwiegend aber ist die Ansicht, daß die allegirten Gesetze gleichwohl nicht auf die Freiheit zu testiren ausgedehnt werden dürfen, welcher die l. 11. C. 6. 22., vergl. auch pr. J. 2. 12. u. l. 25. §. 1. D. 39. 6. bestimmt entgegen steht. Es ist auch durchaus kein Grund vorhanden, anzunehmen, daß die Absicht auf eine Abänderung dieses Gesetzes gerichtet gewesen sey, denn die Testamentifaction ist blos den eigenthümlichen Vorzügen des pec. militare anhängig, und außerdem nur dem filiusfamilias von geistlichem Stand beigelegt, l. 34. C. 1. 3. Die Negative ist daher von den angesehensten Rechtsgelehrten angenommen; s. Mühlenbruch Doctr. Pand. T. III. §. 569., v. Wening-Ingenheim Lehrb. d. gem. Civilr. Bd. III. §. 394. (85.), Glück Thl. II. §. 136. in f., Schweppe röm. Privatr. Thl. IV. §. 653., v. Vangerow Pandecten §. 236. Anm. 2. no. 4.

Zu 15) Mehrere Rechtslehrer bejahen zwar diese Frage nach l. 1. C. 1. 2. — u. cap. 4. de sepulcris in VIto. (3. 12.), v. Wening-Ingenheim Lehrb. d. gem. Civilr. Bd. II. §. 483., J. H. Boehmer J. Eccl. Pr. T. II. Lib. III. tit. 26. §. 25., G. L. Boehmer Princ. jur. can. §. 615., allein die Folgerung aus gedachten Gesetzen ist sehr zweifelhaft und daher bestritten; s. Fritz im Archiv f. d. civil. Praxis Bd. VI. S. 211., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1379., Glück Thl. XXXIV. S. 140., wo die Vertreter der verschiedenen Meinungen angeführt sind.

Zu 16) An dasjenige, was die Kinder vermöge gesetzlicher Vorschrift vom Vater erhalten haben, offenbar nicht; s. l. ult. D. de dotis coll. in f. — dos profectitia ipsius filiae proprium patrimonium est — et abscessit a bonis patris. Vom eigentlichen peculio profectitio aber müßte die Frage nach dessen gesetzlichem Begriff bejahet werden. H. z. T. nehmen jedoch Viele an, was der Vater den Kindern schenke, werde ihr Eigenthum; s. die bei Glück Thl. XIV. S. 366. allegirten Autoren.

Zu 17) Durch Emancipation; — doch soll der Vater, wenn er sie freiwillig ertheilte, den Nießbrauch an der Hälfte des Adventizguts als praemium emancipationis behalten; l. 6. §. 3. C. 6. 61. — und wenn die bei Lebzeiten der Mutter emancipirten Kinder in der Folge ihre Mutter beerben, den Nießbrauch an einem Kopftheil der Erbschaft bekommen; l. 3. C. 6. 60. Da h. z. T. die Emancipation gewöhnlich unfreiwillig erfolgt, indem die Kinder einen eigenen Haushalt gründen, woran sie nach erlangter Volljährigkeit in der Regel nicht gehindert werden können, so scheint das praemium emanc. nicht mehr von praktischer Bedeutung zu seyn. Indessen soll dasselbe nach Puchta Lehrb. der Pand. §. 435. doch noch anwendbar seyn, wenn die Aufhebung der väterlichen Gewalt in dieser Art auf den Wunsch des Kindes erfolgt ist, und der Vater sie hätte verweigern können. Nach Particularrechten behält sogar der Vater den Ususfructus in bonis maternis auch noch nach Anstellung einer besondern Oeconomie von Seite der Kinder; s. Pfeiffer pr. Ausführungen Bd. II. 189. über Kurhessische Rechte. Nur das Recht, Processe darüber zu führen, wird ihm als Ausfluß der väterlichen Gewalt, da diese dadurch geendigt ist, abgesprochen; s. Strippelmann Entsch. Bd. I. S. 260.

Auch durch den Tod des ohne Descendenz verstorbenen Kindes wird das väterliche Nutznießungsrecht an den Adventitien gewöhnlich aufgehoben. Succedirt nämlich der Vater gemeinschaftlich mit andern Ascendenten, vollbürtigen Geschwistern und Geschwisterkindern, so be-

kommt er blos seine Erbportion, ohne weiteren ususfructus; Nov. 118. c. 1. u. 2., Glück Thl. XIV. S. 369. §. 908., Marezoll in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. XIII. S. 206., vergl. übrigens Fr. 11.

Zu 18) Rein, s. l. 4. C. 60., Glück a. a. O. S. 383.

Zu 19) Bei der adoptio minus plena geht gar keine Veränderung in den Rechten der väterlichen Gewalt vor. Hinsichtlich der adoptio plena ging früher die gewöhnliche Meinung kurzweg dahin, daß der Usufruct des leiblichen Vaters in Folge der datio in adoptionem nicht minder aufhören müsse, wie in Folge der Emancipation. Dieser Ansicht sind unter den Neuern Schmitt in der Lehre von der Adoption §. 66., v. Löhr im civil. Archiv Bd. X. S. 172., Mühlenbruch im Lehrb. d. Pand. R. §. 568. not. 13., Fuhr u. Hoffmann in den civilist. Versuchen Bd. I. S. 33., Puchta Pand.-Vorl. Bd. II. S. 280. gefolgt. Bekämpft wurde diese Ansicht zuerst von v. Wening-Ingenheim in d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. I. no. 17., welchem Marezoll in einer weiteren Ausführung ebend. Bd. XIII. S. 212. zustimmte, durch welche selbst Thibaut bewogen wurde, seine frühere in §. 491. der älteren Ausgaben seines Systems der Pandecten ausgesprochene Ansicht in der 8. Ausg. §. 384. zu widerrufen und den Satz aufzustellen, „die Regel ist: daß der Hausvater ohne Rücksicht auf potestas den einmal erworbenen Nießbrauch an den Adventitien als jus quaesitum behält"; l. 7. §. 1. C. 6. 56. — l. 1. C. 6. 60. — Nov. 118. c. 1. Uebereinstimmend ist Heimbach im Rechtslex. Bd. VII. S. 879. Es liegt auch gewiß etwas sehr Anstößiges darin, daß ein ganz persönliches Recht auf einen Andern (den Adoptivvater) übergehen solle, und wenn wir auch zugeben müssen, daß die Ausübung des dem leiblichen Vater zustehenden Rechts in der väterlichen Gewalt begriffen sey, so liegt doch in ihr nicht der eigentliche Entstehungsgrund, dieser ist aber dem Adoptivvater völlig fremd; nicht zu gedenken, daß die datio in adoptionem der Emancipation, bei welcher der Vater doch das praemium emancipationis erlangte, nicht ganz gleich gestellt werden zu können scheint. Was also der leibliche Vater einmal durch das Kind erworben hat, muß ihm immer verbleiben, und der Adoptivvater kann den Nießbrauch nur an dem dem Kinde nach der Adoption erworbenen Vermögen geltend machen.

Zu 20) Gegen die von Wening-Ingenheim in d. Zeitschrift f. Civilr. u. Proc. Bd. I. S. 345. rc. aufgestellte in der Regel bejahende Meinung muß man wohl der überzeugenden Ausführung in Fuhr und Hoffmann's civilistischen Versuchen Bd. I. S. 35. §. 26.

beipflichten, daß der Adoptivvater nicht mehr Recht erwerben kann, als dem leiblichen Vater bisher zugestanden, und die Lage der Adoptirten durch die Adoption nicht verschlimmert werden dürfe.

Zu 21) Die Verpflichtung zur Zahlung der Schulden folgt von selbst aus dem Begriff des peculium als einer universitas juris, eben so wie beim ususfructus omnium bonorum, l. ult. D. 33. 2.

In Ansehung der Errichtung von Gebäuden überhaupt, oder neuer an die Stelle der alten, müssen die rechtlichen Grundsätze über Impensen zur Entscheidung dienen, wie solche in Ansehung der impensae in rem dotalem factae erörtert worden sind.

Nur besondere Verhältnisse können, wie v. Bülow Abhandl. Thl. II. S. 250. bemerkt, den usufructuirenden Vater verbinden, auch Kosten neuer Gebäude, — wenigstens an die Stelle der alten — aus den Nutzungen insoweit zu bestreiten, daß er aus den, seinen nothwendigen Unterhalt nach dem durchschnittlichen Ertrag übersteigenden Einkünften so viel ersparen muß, als die wirthschaftliche Erhaltung des Guts erfordert, was bei Lehen-, Stamm- und Fideicommißgütern &c. der Fall ist. Außerdem ist der Usufructuar neue Gebäude, selbst an die Stelle der alten zu errichten, nicht verbunden, l. 7. §. 2. D. 7. 1. — l. 7. C. 3. 33. — l. 1—5. D. 25. 1. —, wenigstens kann er die Kosten neuer den Ertrag fördernder Gebäude nur nach Verhältniß seiner Nutznießung zu tragen angehalten werden; l. 50. D. 7. 1. — l. 32. §. 5. D. 33. 2.

Zu 22) Da die Hauskinder an den Adventitien nur ein ruhendes Eigenthum haben; s. Glück Thl. VIII. §. 577. S. 72., so scheint es unzweifelhaft, daß der Vater, so lange seine väterliche Gewalt dauert, solche legata redituum eigens percipiren kann und darüber keine Rechenschaft zu geben hat. Der Fall scheint demjenigen analog, wenn das Adventizgut in einem ususfructus besteht, s. oben zu 9. Wird nämlich dem Hauskind ein ususfructus extrinsecus erworben, so fällt er der Ausübung nach zunächst dem Vater anheim; s. Marezoll in der Zeitschrift f. Civilr. u. Proc. Bd. XIII. S. 200.

Zu 23) Es läßt sich aus l. 6. §. 2. C. 6. 61. nicht beweisen, daß die mit der Personeneinheit zwischen Vater und Sohn eigentlich unvereinbarliche Abtretung des Nießbrauchs inter vivos unwiderruflich gewesen sey; Glück Thl. XIV. S. 387. §. 910., Thibaut Versuche Bd. II. Abh. 12.

---

§. 68.

c) Von den Erwerbungen des Vaters durch den Sohn und den Verbindlichkeiten Beider aus Handlungen des Letztern.

Die Lehre vom peculio profectitio und der damit verwandten act. de peculio dürfte nun wohl nach den Erörterungen von Kraut die Vormundschaft nach den Grundſ. des deutschen Rechts I. S. 640. mit der Umgestaltung des Systems der patria potestas als unfruchtbar zu beseitigen seyn; Dollmann in Glück und Seuffert's Bl. f. Rechtsanw. Bd. XIV. S. 137. substituirt dafür folgende Sätze: Wenn h. z. T. der Vater dem Sohne einen Theil seines Vermögens überläßt, so kann die Absicht dabei

1) entweder die seyn, daß der Sohn denselben für den Vater verwalte. Hier erscheint dann der Sohn gegen Dritte als Stellvertreter seines Vaters, und diesem selbst steht er ja nach Umständen als Mandatar oder locator operarum gegenüber.
2) Die Absicht kann aber auch dahin gehen, dem in der väterlichen Gewalt befindlichen Kinde damit ein Geschenk zu machen. Dann geht jenes Vermögen sofort in das Eigenthum des Kindes über; es nimmt die Eigenschaft eines pec. advent. an, wie wenn es dem Kinde von wo andersher zugekommen wäre.
3) Es kann endlich die Absicht dahin gerichtet seyn, dem Sohne die Anlegung eines eigenen Haushalts dadurch zu ermöglichen. Dann wird durch jene Abtretung die Emancipation des Kindes herbeigeführt, und es kann schon um deswillen von einem pecul. profect. nicht die Rede seyn. So erkannte schon Ao. 1748. die Facultät Jena: wenn der Vater ein Grundstück auf den Namen des Haussohns kauft und die gerichtliche Uebereignung an diesen bewirken läßt, so ist dies kein peculium profectitium, selbst wenn der Vater den Nießbrauch stets bezog. Gerichtliche Zuschreibung erzeugt Eigenthum. Jenes peculium aber erforderte, daß dem Vater das Eigenthum geblieben wäre, l. 46. 48. D. 15. 1.

[Die Reception und heutige Anwendbarkeit des peculium profectitium und der actio de peculio verneinen auch v. Savigny, Obligationenr. II. S. 52., Dietzel das SCtum Macedonianum (1856), S. 153. und in Bekker's Jahrb. II. (1858), S. 50—52. und Heimbach in Weiske's Rechtslexikon XIV.

S. 67. 68. In der That entspricht die deutsche Auffassung des Hauskinderverhältnisses durchaus nicht jenen Rechtsinstituten, denn dieselben ruhten auf dem Gedanken des Mangels einer selbständigen Vermögenssphäre des Sohnes oder der Vermögenseinheit zwischen Vater und Sohn (s. Seuffert's Archiv XIV. No. 44.); heutzutage fällt jeder Vermögenserwerb des Sohnes diesem zu, selbst was ihm der Vater schenkungsweise zufließen läßt, und wenn auch die ausdrückliche Aussetzung eines pecul. prof. durch den Vater noch denkbar ist, so hat es doch kein Interesse mehr, hierauf die Grundsätze des Röm. peculium anzuwenden, da wir dem Princip der ausgedehnten und freien Stellvertretung huldigen, mit welcher wir zu den nämlichen Resultaten gelangen. Weder im Preuß. Landrecht (s. Bornemann, Preuß. Civilr. 2. Ausg. V. S. 290.), noch im neuen Sächs. bürg. G.-B. findet sich das pecul. prof.]

Wir halten indessen einen Rückblick auf die Doctrin des römischen Rechts wenigstens nicht für so überflüssig, um uns nicht mit folgenden Fragen zu beschäftigen:

1) Inwiefern erwirbt der Vater durch den Sohn nach heutigem Recht?
2) Inwiefern kann der Vater aus den Handlungen des Sohnes verbunden werden?
3) Kann mit der actio de peculio aus jedem mit dem Haussohn geschlossenen Geschäft irgend einer Art wirksam gegen den parens geklagt werden?
4) In welchem Fall haftet der Vater ausnahmsweise aus der actio de peculio ohne Einschränkung auf den Betrag des peculii?
5) Wann kann der Vater auch in den soeben no. 3. lit. a—d. bezeichneten Fällen doch die Ansprüche auf das pec. profectitium nicht abwenden?
6) Welche nachtheilige Folgen zieht sich der Vater durch dolose Handlungen zu, mit welchen er darauf ausgeht, dem Gläubiger das peculium zu entziehen, oder es zu verringern?
7) Ist der Vater für seine eigenen Forderungen an den Haussohn bei dem Angriff Mehrerer auf das pec. profectit. bevorzugt?
8) In welcher Zeit verjährt die act. de peculio?
9) Hat der Vater im Fall der act. tributoria einen Vorzug vor andern Gläubigern?
10) Findet die act. tributoria auch gegen die Erben statt?

11) Was wird vorausgesetzt, um gegen den Vater oder den Sohn die act. de in rem verso geltend zu machen, und bleibt dieselbe auch dann wirksam, wenn ein Zufall die Vollziehung der bezweckten Version verhindert oder die entstandene aufgehoben hat?

12) Wer von mehreren aus der Version klagenden Gläubigern hat den Vorzug?

13) Kann der Haussohn aus seinen obligatorischen Handlungen — versteht sich Gelddarlehen ausgenommen — schon während der Dauer der väterlichen Gewalt belangt werden?

14) Steht ihm das beneficium competentiae gegen den Gläubiger zu, welcher ihn während oder nach geendigter väterlicher Gewalt verklagt?

Zu 1) Abgesehen von Erwerbungen durch Stipulationen des Sohnes für den Vater, — denn da erscheint jener nicht anders als wie jeder andere Procurator pr. J. 2. 9. — pr. J. 3. 29. — l. 130. D. 45. 1., kann der Vater durch den Sohn erwerben, wenn dieser mit dem ihm vom Vater überlassenen Sondergut Acquisitionen macht, denn diese fallen — wenn gleich der Sohn für sich contrahirt — doch in das peculium profectitium als in ihre Quelle herein, und an diesem behält bekanntlich der Vater das Eigenthum, §. 1. J. 2. 9. So erwirbt der Vater auch die Nutzung der Erwerbungen, welche der Sohn aus anderem nicht militärischen Sondergut macht, pr. J. 3. 29. — l. 8. §. 3. C. 6. 61. — Schweppe röm. Privatr. Thl. IV. §. 648.

Zu 2) Dies kann auf mancherlei Art geschehen:

a) durch einen dem Sohn in den eigenen Angelegenheiten des Sohnes ertheilten Befehl, woraus gegen den Vater die act. quod jussu*) erwächst; l. 1. l. 2. §. 1. D. 15. 4. — §. 1. J. 4. 7.

*) Die Brauchbarkeit der act. quod jussu statuirte das O.-A.-Ger. in Dresden in folgendem Falle: A. klagt gegen B. auf 400 Thlr. für ein flügelförmiges Fortepiano, welches ihm die Tochter des B. abgekauft hatte. Diese Klage hat zwar als act. de in rem verso das Bedenken gegen sich, daß, obschon musikalischer Unterricht zur standesmäßigen Bildung der Töchter gehören mag, doch zunächst fraglich bleibt, ob dazu gerade der Ankauf eines so theuern Instruments nöthig ist? Allein wenn A. die Zustimmung des B. zu dem Handel nachweisen kann, oder auch nur spätere Genehmigung desselben, so greift act. quod jussu durch; l. 1. §. 5. 6. D. 15. 4. — l. 5. §. 2. D. 15. 3. Thibaut im civilist. Archiv Bd. XII. no. X., Wochenbl. für Rechtsf. 1843. S. 379.

l. 5. C. 4. 28. Dafür gilt schon die väterliche Mitunterschrift des Vertrags, l. 1. §. 4. D. 15. 4., — auch wird die nachfolgende Genehmigung dem jussus gleich geachtet; l. 1. §. 6. D. eod. Vorausgesetzt wird beim jussus, daß weder der Sohn den Befehl überschritten, l. 3. D. 15. 4., noch der Vater ihn rechtzeitig, d. i. vor Abschluß des Geschäfts, bereits zurückgenommen habe; l. 1. §. 2. D. 15. 4. — So auch, wenn der Vater vor Vollziehung des Befehls gestorben oder auch, wenn der Sohn durch Arrogation in eines Andern Gewalt gekommen wäre; denn in diesen Fällen wäre der Befehl erloschen; l. 25. §. 14. u. 15. l. 50. D. 29. 2.

b) Dadurch, daß der Vater dem Sohn ein Sondergut zur Disposition überläßt; denn wenn gleich dabei der Vater immer noch Eigenthümer bleibt, so muß er doch — Schenkungs- und Darlehensverträge abgerechnet — alle Dispositionen des Sohnes gelten lassen, gleichviel ob dieser mit oder gegen den Willen des Vaters das obligatorische Verhältniß eingegangen hat; l. 29. §. 1. l. 47. pr. D. 15. 1. — l. 17. §. 4. D. 14. 3. — Der Vater bleibt also, so gut wie der Sohn, bis auf den Belauf des peculium profectitium verbindlich, und wird mittelst der actio de peculio wirksam belangt, l. 8. D. 15. 1.

c) Wenn der Sohn mit des Vaters Erlaubniß ein Handelsgeschäft mit dem peculium treibt und daraus obligirt wird. Die diesfalls mit der act. tributoria vom Gläubiger zu verfolgenden Ansprüche gehen so weit, als die im Geschäft des Haussohns befindlichen Waaren und Außenstände oder Erlöse sammt der Einrichtung und den Inventarienstücken zureichen; denn nachdem der Vater den Haussohn ein solches Geschäft hat errichten lassen, würde er dolos handeln, wenn er dessen rechtliche Folgen vereiteln wollte. Die tributorische Klage geht auch nur so weit auf das peculium, als es in das Geschäft eingelegt worden ist; l. 1. pr. §. 1. u. 3. D. 14. 4. — Glück Thl. XIV. S. 279. [Ueber die heutige Nichtanwendbarkeit der actio tributoria vergl. Heimbach in Weiske's Rechtslexikon XIV. S. 69.]

d) Durch eine — gleichviel mittelbare oder unmittelbare — versio in rem, wenn nämlich der Sohn durch die contrahirte Schuld das Vermögen des Vaters vermehrt, ihn von einem Verlust oder von einer bevorgestandenen Zahlung befreit, für ihn eine Schuld bezahlt, oder mit des Vaters Einwilligung das Geld

zu den Zwecken desselben verwandt hat; §. 4. J. 4. 7. — l. 3. §. 1—3. l. 7. §. 3—5. l. 10. pr. §. 1. l. 15. D. 15. 3.

Zu 3) Es finden mehrere Ausnahmen statt, und zwar:

a) bei Schenkungen, welche der Sohn ohne Billigung des Vaters versprochen hat; denn da er dazu nicht Fug und Macht hat, so kann auch keine obligatio daraus entstehen; l. 28. §. 2. D. 2. 14.

b) Bei einer Schuld des peculium militare; l. 18. §. 5. D. 49. 17. Denn da dieses gesondert besteht, so kann auch die Verbindlichkeit nicht auf etwas Anderes übertragen werden;

c) bei einer durch Annahme eines öffentlichen Amts überkommenen Verbindlichkeit, wenn der Vater bei dessen Antritt ausdrücklich erklärt hat, nicht dafür haften zu wollen; l. 3. §. 5. D. 50. 4. — l. 3. C. 4. 13. — l. 5. C. 10. 31.

d) Bei Delictsobligationen; l. 1. §. 7. D. 9. 3. — l. 3. §. 12. D. 15. 1. — l. 3. §. 4. l. 6. §. 2. D. 25. 2. — l. 58. D. 50. 17. — und zwar auch dann, wenn zwar der Anspruch eigentlich aus einem Contract herrührt, in welchem aber das Delict begangen wurde; l. 1. §. 7. D. 9. 3. — l. 3. §. 12. D. 15. 1. — l. 3. §. 4. l. 6. §. 2. D. 25. 2. — l. 58. D. 50. 17. — doch haftet der Vater allerdings, wenn und in wie weit er sich durch das Delict bereichert befindet.

Zu 4) In dem Fall, wenn der Sohn durch Annahme eines öffentlichen Amts verbindlich geworden ist, haftet er zwar nicht Privaten gegenüber, wohl aber dem Staat oder Gemeinden auf das Ganze der Verbindlichkeit; l. 3. §. 13. D. 15. 1. — l. 1. §. 17. D. 27. 8. — l. 2. pr. §. 5. D. 50. 1.

Zu 5) Wenn irgend eine Novation vorgegangen ist, wodurch die ursprünglich nicht dazu geeignete Schuld eine Peculienschuld geworden ist, oder auch, wenn gegen den Sohn schon ein Judicat ausgewirkt war, bevor der Vater das peculium dem Sohn wieder genommen hatte, — denn zu dem Zweck, um die Klage zu vereiteln, darf er es nicht zurückziehen. — Hier kommt daher dem Gläubiger, wenn er gleich die act. de peculio gegen den Vater nicht hätte wirksam gebrauchen können, die actio judicati zu Statten.

Zu 6) Er muß nicht nur das peculium so wieder herstellen, wie es vor der dolosen Handlung war, sondern auch volle Befriedigung dem Kläger leisten; l. 3. §. 5. D. 13. 6. — l. 5. pr. l. 21. pr. l. 36. D. 15. 1. — l. 1. §. 42. D. 16. 3.

Zu 7) Ja, er darf seine eigenen und seiner übrigen Hauskinder

Forderungen, sowie die seiner Mandanten und Socii selbst vor den Forderungen der privilegirten Gläubiger des Sohns abziehen; §. 4. J. 4. 7. — l. 9. §. 2. 4. 6. l. 11. §. 9. l. 52. pr. D. 15. 1. — l. 22. §. 13. D. 24. 3.

Zu 8) In einem Jahr von Aufhebung der väterlichen Gewalt an, oder wenn da noch nicht actio nata war, von dem Zeitpunkt an, in welchem sie dies geworden ist; l. 1. §. 2. D. 15. 2. — l. 37. §. 2. D. 26. 7. — l. 11. D. 27. 8.

Zu 9) Obgleich die actio tributoria eigentlich nur eine weiter ausgebildete act. de peculio ist, so konnte doch hier, wo der Vater selbst ein gewagtes Geschäft gestattet hat, ihm nicht ein Vorzug eingeräumt werden, welcher die Gefahr fast blos auf die übrigen Gläubiger gewälzt hätte: l. 5. §. 7. u. 9. D. 14. 4.

Zu 10) Ja, insoweit nämlich die Erbmasse zureicht; s. Glück Thl. XIV. §. 894. S. 275.

Zu 11) Die actio de in rem verso utilis kann gegen mich nur dann angestellt werden, wenn der durch die Version mir gewordene Vortheil nicht schon ohne dieselbe von mir rechtlich erlangt werden konnte. Z. B. A. lieh den Eltern des B. eine Summe zur Bestreitung seiner Lehrkosten, und forderte hinterher diese Summe vom B. mit der act. de in rem verso. Weil aber B. jedenfalls von seinen Eltern diese Kosten zu fordern berechtigt war, so mußte der Kläger abgewiesen werden, s. ein Erkenntniß des Obertribunals zu Stuttgart in Tafel's auserlesenen Civilrechtssprüchen Bd. I. H. 2. S. 179.

Hat Jemand Geld zur Befreiung eines Unmündigen von der Militärpflicht vorgeschossen, so kann er nicht die act. de in rem verso gegen denselben anstellen; diese ist nur dann begründet, wenn das Gegebene noch vorhanden, oder des Unmündigen Vermögen damit vermehrt oder verbessert worden; und dies tritt nicht ein, wenn der Unmündige nur einen seine Persönlichkeit betreffenden Vortheil erlangt hat; s. Urtheil des App.-Ger. zu Leipzig in Emminghaus Pand. S. 255. no. 42. Allegirt wurde die sächs. Vorm.-Ordn. v. 1782. Kap. 13. §. 8.

Zufällige Vereitelung der Version befreit den Vater nicht von seiner Verbindlichkeit; l. 3. §. 7 — 10. l. 17. pr. D. 15. 3. — wohl aber hat er dann nicht einzustehen, wenn die Version durch Schuld des Hauskinds unterblieb; l. 3. §. 10. l. 17. pr. D. 15. 3. — oder auch wenn er die Verwendung dem Kind schon wieder ersetzt hat, doch muß er im letzteren Fall nicht dolos zu Werke gegangen seyn; l. 10. §. 6. D. eod.

Zu 12) Es tritt hier der Grundsatz ein: melior est conditio occupantis; l. 3. §. 10. l. 4. D. 15. 3.

Zu 13) Ja, vorausgesetzt, daß er nicht während seiner Minderjährigkeit durch das Geschäft lädirt ist; — doch kann die Execution nur so weit er ein eigenes vom Recht des Vaters ganz unabhängiges Vermögen besitzt, vollstreckt werden; l. 5. pr. D. 14. 5. — Glück Thl. XIV. S. 287.

Zu 14) Allerdings; doch nur dann, wenn er seinen Vater nicht beerbt hat, oder bei dessen Lebzeiten emancipirt, oder sonst von der väterlichen Gewalt befreit worden ist. Er muß aber durch ein Verzeichniß seines Vermögens nachweisen, daß er kein hinlängliches Vermögen besitze, l. 2. pr. D. 14. 5., Glück a. a. O. S. 289., und darf auch die erst nach geendigter väterlicher Gewalt contrahirten Schulden, wenn es nicht anders privilegirte Posten sind, l. 3. D. 14. 5., nicht abziehen.

---

§. 69.

d) Vom SCt. Macedonianum insonderheit.

[Die heutige Anwendbarkeit der Römischen Grundsätze vom SCtum Macedonianum ist sehr problematisch, denn, wie Dietzel d. SCtum Macedonianum (1856.) ausgeführt, es beruht dieser dem paterfamilias gewährte Rechtsschutz nicht schlechthin auf der Gefährlichkeit des mutuam pecuniam accipere, sondern zunächst auf der Vermögensunfähigkeit des Hauskindes, unter deren Voraussetzung allein jene Gefährlichkeit eine gesetzgeberische Rücksicht fordern konnte; sodann kam hinzu, daß der Hausvater hier darum eines Schutzes bedurfte, weil und insofern er der actio de peculio ausgesetzt war. Jene Vermögensunfähigkeit des Hauskindes und diese Pekuliarhaftung des Hausvaters existiren im deutschen Recht nicht (s. oben §. 68.), und daher ist die exc. SCti. Mac. für die Hauskinder weggefallen, und auch der Hausvater bedarf ihrer nicht mehr, da er nicht mehr de peculio haftbar wird. Allerdings kommt noch eine Haftung des Hausvaters aus seinem jussus (scientia) und aus in rem versio vor, allein in diesen Fällen war schon nach Röm. R. die exc. SCti. Mac. ausgeschlossen. Es haftet das Hauskind bei uns wegen mutua pecunia, wie aus jedem anderen Kontrakt; wo aber die väterliche Gewalt einen vormundschaftlichen Charakter hat,

wird aus diesem Grunde jede Schuld, nicht blos die Darlehnschuld eines Hauskindes, unklagbar seyn, wenn sie ohne Wissen des Vaters contrahirt ward. S. Dietzel a. a. O. S. 152—154.]

1) Was für eine Fürsorge ist durch den Macedonianischen Rathsschluß getroffen? und kann die daraus abzuleitende Exception vom Richter von Amts wegen supplirt werden?
2) Wenn der Entnehmer zwar zur Zeit der Verabredung des Darlehns nicht sui juris war, aber zur Zeit des Geldempfangs es bereits geworden war, findet gleichwohl das Senatusconsult noch Anwendung?
3) Findet dasselbe blos auf Gelddarlehen, oder auch auf andere aus Ueppigkeit und Schwelgerei contrahirte Schulden Anwendung?
4) Auch dann, wenn eine ursprünglich aus einem andern Geschäft entstandene Schuld durch Novation in ein Gelddarlehn verwandelt worden ist?
5) Gilt gegen das Senatusconsult ein Verzicht? insbesondere wenn dieser eidlich bestärkt ist?
6) Vernichtet das SCt. Maced. die Schuldverbindlichkeit des Haussohns gänzlich und auf immer?
7) Kommt dasselbe auch den Erben des Vaters und des Sohnes zu Statten?
8) Auch den Bürgen?
9) Kann dasselbe von dem zwar noch nicht eigens etablirten, aber doch bereits majorennen Sohn geltend gemacht werden?
10) Kann der Haussohn oder der Vater die dem SCt. Maced. zuwider geleistete Zahlung condiciren?
11) Fällt die Anwendung des SCtum Maced. weg, wenn der Gläubiger nicht wußte, daß er es mit einem filiusfamilias zu thun habe?
12) Wie, wenn von mehreren correis credendi nur Einer dieses wußte?
13) Welche Fälle lassen sich denken, wo das SCtum Maced. vom Vater aus Gründen, die in ihm selbst liegen, nicht geltend gemacht werden kann?
14) In welchen Fällen cessirt das SCtum aus Gründen, welche in der Person des Haussohns liegen?
15) Findet die exceptio SCti Mac. auch dann statt, wenn der Darleiher eine moralische Person ist?

16) Kann der Bürge die nach dem SCtum auch von ihm unverbindlich geleistete Zahlung zurückfordern?
17) Ist eine bürgschaftliche Versicherung giltig, die vom Vater nach dem Tode des Sohns für eine dem SCtum zuwider contrahirte Schuld ertheilt wird?
18) Wird der Bürge des Haussohns in dem Fall, wenn dieser nach seinem Austritt aus der väterlichen Gewalt seine contrahirte Schuld genehmigt hat, auch der ihm gegen seine ursprüngliche Verpflichtung zugestandenen exc. SCti Mac. verlustig?
19) Kann der minderjährige Darleiher sich auch dann gegen die exc. SCti Mac. restituiren lassen, wenn der Haussohn selbst minderjährig war?

Zu 1) Sicherstellung des Vaters gegen Ausschweifungen des filius familias durch die Bestimmung, daß aus Gelddarlehen an Hauskinder weder gegen sie, noch gegen den Vater wegen des Peculiums eine Klage stattfinden soll; l. 11. §. 7. D. 4. 4. Wenn man auch mit Glück Thl. XIV. S. 345. annehmen muß, daß der Richter die exc. SCti. nicht geradezu ex officio suppliren kann, so entspricht es doch dem Geist und Zweck des Instituts vollkommen, und um das unwillkürliche Umgehen des SCti. und der darauf gegründeten, nach ausdrücklicher Bestimmung der Gesetze nicht verzichtbaren Einrede zu verhüten, ist es sogar nothwendig, daß der Richter nicht nur dann, wenn der Fall unzweifelhaft vorliegt, ex officio darauf achten müsse, und daß das richterliche Fragerecht hier ganz an seinem Ort ist, sondern auch daß gemäß l. 11. D. 14. 6. die Eigenschaft einer privilegirten, nämlich noch in stadio executionis zulässige Einrede ungehindert des J. R. A. §. 37. fest gehalten werden müsse; s. Heffter System des Civilr. §. 140. u. 273., Bayer Vorträge S. 362, Sintenis pr. Civilr. Bd. II. §. 108. Anm. 40., hingegen diejenigen, welche der v. Gönnerschen entgegengesetzten Ansicht anhängen, wie Linde im Handb. des Proc. §. 208. u. Schmid Handb. d. Proc. Thl. II. S. 56. von dem Vorwurfe einer Inconsequenz unmöglich frei gesprochen werden können. Es handelt sich ja nicht eigentlich um Geltendmachung eines versäumten Rechts, sondern um Berücksichtigung eines die Klagbarkeit aus dem Standpunkt des öffentlichen Rechts und Interesse verbietenden Umstandes; s. Sintenis a. a. O., Glück Thl. XIV. S. 347. Der Darleiher wird ja sogar straffällig, indem er selbst

dann, wenn der Schuldner das empfangene Geld noch besitzt, oder es in seinem Nutzen verwendet hat, folglich dadurch bereichert ist, weder ex mutuo klagen, noch das Hingegebene vindiciren kann; l. 9. §. 2. D. 14. 6.

Zu 2) Nein; es wird nur auf die Zeit des Geldempfanges gesehen; l. 3. §. 4. l. 4. l. 6. D. 14. 6.

Zu 3) Durch Landes- und akademische Gesetze wird er hier und da auch auf letztere ausgedehnt; s. Glück Thl. XIV. S. 311., Albrecht Entscheidungen merkwürdiger Rechtsfälle Bd. II. S. 137.

Zu 4) Nein; s. l. 3. C. 4. 28. -- l. 1. pr. l. 3. §. 3. l. 7. §. 3. l. 23. D. 14. 6.

Zu 5) Daß dem Vater eine eidliche Bestärkung des Sohnes nicht präjudiciren könne, versteht sich von selbst, aber auch dem Sohn kann sie nach der richtigen, von Glück Thl. XIV. §. 900. umfänglich ausgeführten Meinung keine durch das Gesetz in odium creditoris reprobirte Verbindlichkeit auflegen, wie Manche dafür halten; s. v. Bülow Abhandl. Bd. I. S. 304. und die bei Glück angeführte Literatur, vergl. in unserem allgem. Theil Kap. II. §. 12.

Zu 6) Eine obligatio naturalis lassen die Gesetze, obwohl actio petitioque sowohl während als nach Endigung der väterlichen Gewalt ausgeschlossen ist, l. 19. pr. l. 40. pr. D. 12. 6. — l. 9. §. 4. 5. l. 10. D. 14. 6. dem ungeachtet stattfinden, s. Dietzel a. a. O., S. 149., jedoch mit beschränkter Wirksamkeit; denn ein Compensationsgrund kann daraus nicht hergenommen werden; s. Sintenis a. a. O., §. 108. S. 514.

Zu 7) Ja; denn die exc. SCti. Mac. gehört zu den dinglichen Exceptionen; l. 7. §. 10. D. 14. 6. — Glück Thl. XIV. §. 903., Dietzel a. a. O., S. 108.

Zu 8) Dritte können für solche Schulden mit vollem Erfolge intercediren und Pfänder bestellen, vorausgesetzt, daß sie dieses eben unter Rücksicht auf die mangelhafte Wirksamkeit derselben thun. Dagegen kann der Schuldner selbst weder Pfänder dafür bestellen, noch eine Novation eingehen, so lange er in der väterlichen Gewalt steht; Sintenis a. a. O.

Zu 9) Es scheinen zwar mancherlei Gründe für die verneinende Meinung zu streiten; s. Tevenar Versuch über die Rechtsgelehrtheit Thl. IV. S. 590., allein da auch h. z. T. die väterliche Gewalt durch die Majorennität des Sohns noch nicht sich endigt, so muß auch ohne Rücksicht auf diese dem SCtum Platz gegeben werden; l. 11. §. 7. D. 4. 4., Glück Thl. II. §. 161. S. 387.

Zu 10) Der Haussohn kann die geleistete Zahlung nicht zurückfordern, weil eine naturalis obligatio bestand und folglich die Zahlung nicht indebite erfolgt war. Der Vater hingegen kann, falls der Sohn die Zahlung mit dem seiner Disposition nicht unterliegenden Vermögen ausgeführt hat, das noch vorhandene Geld vindiziren. Ob er aber, wenn das Geld verzehrt ist, die Condiction deshalb anstellen kann, darüber sind die Meinungen sehr verschieden, weil eine Stelle von Ulpian l. 14. D. 12. 1. sie dem Vater zu versagen scheint, während eine andere, gleichfalls von Ulpian in demselben Abschnitt desselben Werks, l. 9. §. 1. D. 14. 6. sie ihm zugesteht. Einige halten deshalb eine kritische Textesemendation für nöthig; s. Glück Thl. XIV. S. 317., Puchta Pand.-Vorlesungen §. 306. Andere finden einen Unterschied, ob die Consumtion bona fide — was wohl kaum vorkommen wird — oder mala fide erfolgt ist; s. Schweppe röm. Privatr. Bd. IV. S. 76., Unterholzner Schuldverhältnisse Bd. I. S. 149. Die einfachste Erklärung ist nach Sintenis Civilr. Bd. II. S. 514. not. 43. nach dem Vorgang der Scholiasten zu den Basilic. Lib. XXIII. tit. 1. §. 14. wohl dahin anzunehmen: die cond. mutui kann der Vater nicht anstellen, auf jeden Fall aber die cond. sine causa. Der Satz am Ende der l. 14., daß die cond. indebiti auf das aus Irrthum Gezahlte nicht stattfinde, weil diese im Fall eines Rechtsirrthums nicht gegeben wird, wiederholt nur eine bekannte Wahrheit.

Zu 11) Nur dann, wenn er es nicht wissen und nicht anders glauben konnte, als daß er es mit einem homo sui juris zu thun habe, nämlich wenn derselbe bei Vielen dafür galt, sich darnach betrug, contrahirte, Aemter verwaltete u. dergl., und vollends, wenn er sich für einen paterfamilias ausgab; l. 3. pr. §. 1. l. 19. D. 14. 6. — l. 1. l. 2. C. 4. 28., Thibaut System Bd. I. §. 211., Schweppe röm. Privatr. Bd. IV. §. 660., v. Wening-Ingenheim Lehrb. §. 268., Mühlenbruch Lehrb. §. 575. not. 19. [Eine Unterscheidung macht hier Dietzel a. a. O. §. 7. S. 30.]

Zu 12) Dann leiden sämmtliche correi credendi darunter; l. 1. l. 2. C. 4. 28. — l. 3. pr. §. 1. l. 7. §. 7. D. 14. 6.

Zu 13) Der Vater kann nicht das Senatusconsult zum Schild vorhalten:

a) wenn das Darlehen auf sein Geheiß oder mit seinem Vorwissen, wofür auch seine Mitunterschrift gilt, l. 1. §. 4. D. 15. 4. — arg. l. 26. §. 1. D. 20. 1., entnommen war, l. 12. D. 14. 6., womit übrigens die nachgefolgte stillschweigende oder ausdrückliche Genehmigung

gleiche Wirkung hat, l. 7. §. 11. l. 12. l. 16. D. 14. 6. — l. ult. C. 4. 28., Dietzel a. a. O. §. 11. und §. 23., wie auch die factische, wenn er einen Theil der Schuld ohne Einrede zahlt; l. 7. §. 15. D. 14. 6. — Es wird sogar — was man auch unter die obige Regel no. 11. bringen kann — eine allgemeine stillschweigende Einwilligung des Vaters in die Creditgebung an seinen Sohn daraus geschlossen, wenn der Vater schon öfters dessen Schulden ohne Widerspruch bezahlt hat; Leyser Vol. III. Spec. 168. Med. 2., Glück Thl. XIV. S. 335.; s. jedoch dagegen Hagemann prakt. Erörter. Bd. VIII. S. 33.

b) Wenn versio in rem patris oder in eam rem, quae patris oneribus incumberet, z. B. Studien-Legations-Kosten rc., stattgefunden hat; l. 7. §. 12. 13. D. 14. 6., Glück Thl. XIV. S. 338.*) Vergl. den vorigen Abschn. lit. c. Fr. 11., Dietzel a. a. O., §. 9. 10.

In diesen Fällen kann natürlich der Sohn ebensowenig auf die Einrede des Macedonianischen Rathschlusses provociren; Donnell. Comm. Lib. 12. c. 28., Schweppe röm. Privatr. Bd. IV. §. 660.

c) Wenn der Sohn mit Bewilligung des Vaters eine Handlung treibt, und der Sohn zum Behufe derselben Geld aufnimmt; l. 7. §. 11. D. 14. 6., Dietzel a. a. O., S. 55. — In den Fällen a. und c. kann der Sohn auch Sachen des Vaters giltig verpfänden; l. 4. C. 4. 28.

Zu 14) Es cessirt:

a) wenn der filiusfamilias zur Zeit der Anleihe ein peculium castrense oder quasi castrense besitzt; denn rücksichtlich dessen gilt er als ein paterfamilias, l. 7. §. 1. C. 4. 28. — l. 1. §. 3, l. 2. D. 14. 6. — und zwar ohne Unterschied, so daß es also nicht darauf ankommen kann, daß das Darlehen gerade für ein

---

*) Zwar wird in v. Hartitzsch Entscheidungen S. 395. ein Erkenntniß des A.-G. in Leipzig angeführt, daß Derjenige, welcher einem studirenden filiusfamilias die nothwendigen Studirkosten vorgeschossen hat, deren Restitution nicht vom Vater, sondern nur vom Sohne zu fordern berechtigt sey. Wenn aber auch etwa ein besonderes Universitäts-Statut eine so auffallende Entscheidung rechtfertigen könnte, so ist sie doch, wie in Richter und Schneider's krit. Jahrb. Jahrg. VI. S. 430. bemerkt worden ist, in unleugbarem Widerspruch mit den gemeinrechtlichen Grundsätzen der act. de in rem verso und neg. gest., sowie mit l. 7. §. 13. D. ad SCt. Maced., da ja der Vater dadurch, daß er seinen Sohn die Universität beziehen läßt, zur Bestreitung der hierdurch verursachten Unkosten verpflichtet ist.

pec. castrense oder quasi castrense gemacht sey; s. v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 245. no. 1. a. gegen Mühlenbruch Lehrb. d. Pand. §. 575. Ob er auch mit dem pecul. adventitio extraordinario haften muß, ist zweifelhaft. Verneinend erklären sich Lauterbach im Coll. th. pr. Pand. Lib. XIV. tit. VI. §. 10., Hofacker Princ. jur. civ. T. III. §. 4133. not. d. Die bejahende Meinung Anderer hat dieses für sich, daß dem Sohne an diesem Adventizgut nach Nov. 117. c. 1. freie Verwaltung wenigstens unter den Lebenden zusteht; s. Glück Thl. XIV. §. 904., Thibaut System d. P. R. §. 270. (Ed. 8.).

b) wenn er, nachdem er sui juris geworden, das Geschäft genehmigt, deshalb Zahlung (und zwar nach dem nun ziemlich allgemein angenommenen Verständniß, s. Glück Thl. XIV. S. 324., Walch Introd. in controv. jur. civ. pag. 78. — wogegen jedoch Puchta Pandekten, §. 306. No. 3. u. Dietzel a. a. O. S. 132., dissentiren, auch nur theilweise Zahlung) leistet oder das Geld verzinst, oder Bürgschaft stellt, l. 4. C. de non n. pec. 4. 30. — Glück a. a. O. S. 327., oder ein Pfand bestellt; l. 2. C. 4. 28. — l. 7. §. 15. u. 16. l. 9. pr. D. 14. 6. Im letzten Fall aber haftet er dann doch nicht weiter, als usque ad pignoris quantitatem. Dies ist zwar von mehreren Rechtsgelehrten in Zweifel gezogen, weil es mit dem eben erst vorgetragenen Grundsatz der l. 7. §. 16. D. 14. 6., daß theilweise Zahlung für Ratihabition des Ganzen gelte und mit der Regel des Paulus in l. 39. in f. D. 38. 1. — non enim debet obligationem ex parte comprobare, ex parte tanquam de iniqua queri, schwer zu vereinbaren zu seyn scheint; man hat es aber, da die l. 9. pr. D. 14. 6. sich darüber so deutlich ausspricht, nicht mit sicherem Erfolg bestreiten können, und findet vielmehr den Grund dieser Abweichung darin, daß in der Dargebung eines speciellen Unterpfandes eine stillschweigende Protestation liegt, nicht weiter, als sich der Werth der Sache beläuft, verbindlich seyn zu wollen, was allerdings von der Anerkennung einer persönlichen Verbindlichkeit, welche stillschweigend das Ganze begreift, sehr verschieden ist. Dietzel a. a. O., §. 22.

In beiden Fällen fällt das SCtum natürlich nur für den Sohn weg, ohne Nachtheil für den Vater.

c) Wenn der Haussohn zur Zeit des Darlehns Soldat war, wobei es dann gleichgiltig ist, ob er es zu militärischen oder anderen

Zwecken verwandte, l. ult. §. 1. C. 4. 28., so fällt die exc. SCti. für Vater und Sohn weg. Die Meinung Struben's in den rechtl. Bedenken Bd. II. no. 125., daß die exceptio dann doch stattfinde, wenn bewiesen werden kann, daß das Darlehen unmöglich zu Kriegsbedürfnissen verwendet werden konnte, findet sich widerlegt in Thibaut's Theorie der logischen Auslegung §. 18.; s. auch Schweppe röm. Privatr. Bd. IV. S. 78.

d) nach l. 47. §. 1. D. 46. 3. si in necessarias causas filius mutuam pecuniam acceperit et eam perdiderit. [„necessaria causa" ist wohl nur ein andrer Ausdruck für in rem versum: Dietzel a. a. O., S. 45.]

e) Wenn das Hauskind ein Darlehen entnommen hat, um einen Gläubiger zu befriedigen, dem das SCtum. nicht entgegengestanden wäre; l. 7. §. 14. D. 14. 6., Dietzel a. a. O., §. 9. S. 40. u. §. 12. S. 68.

Zu 15) Das privilegium ad instar ist nicht gegen die Rechtswohlthat des Senatusconsults wirksam. Vorausgesetzt also, daß das Geschäft übrigens giltig, nämlich unter Autorisation der betreffenden Behörden geschlossen war, kann es nicht ungeschehen gemacht werden; l. 6. D. 50. 16. — l. 15. D. 14. 6. — Glück Thl. XIV. S. 353., Schweppe röm. Privatr. Bd. IV. §. 660. Singulär ist die entgegengesetzte Behauptung Thibaut's, welche sich auch noch in der neuesten Ausgabe seines Systems d. P. R. §. 271. findet.

Zu 16) Nein; aus dem nämlichen Grunde, aus welchem der Sohn es selbst wegen der naturalis obligatio nicht kann; l. 9. §. 4. D. 14. 6.

Zu 17) Diese Frage wird bezüglich l. 11. D. 46. 1. u. l. 18. D. 14. 6. von Glück Thl. XIV. S. 345. verneint, von Donell in Comm. L. XII. c. 25. aber wegen Nov. 118. c. 1. bejaht.

Zu 18) Puchta im Lehrb. d. Pand. §. 306. der 2. Aufl. scheint diese Frage bejahen zu wollen, indem er annimmt, der Bürge habe diese exc. nur im Interesse des filiusfamilias, und sich dieserhalb auf l. 9. §. 3. D. 14. 6. beruft. Aber diese Gesetzesstelle läßt nur demjenigen Bürgen, welcher in der Absicht zu schenken, intercedirt hat, diese exc. nicht zu Gute kommen, was ein sehr verschiedener Fall ist. Es ist daher wohl die richtigere Meinung, daß dem Bürgen die einmal erworbene exc. SCi. Mac. durch die spätere einseitige Anerkennung der Darlehensschuld Seitens des selbständig gewordenen Haussohnes nicht wieder verloren geht; cf. l. 19. D. 44. 1. — l. 62. D. 2. 14., Erk. des O.-A.-G. in Cassel in Elvers' Archiv Bd. II. H. 3. S. 444.

Zu 19) Die Restitution fällt nur dann für den minderjährigen Darleiher weg, wenn der filiusfamilias minor gar nicht bereichert ist. Hat er jedoch ohne Curator gehandelt, so kann er das Geschäft als nichtig anfechten.

---

§. 70.

e) Rechtsmittel in Beziehung auf die väterliche Gewalt und Endigung derselben.

1) Welche Rechtsmittel sind dem Vater zur Behauptung der väterlichen Gewalt gegeben?
2) Auf welcherlei Arten kann sich die väterliche Gewalt endigen?
3) Wird die väterliche Gewalt durch langjährigen Nichtgebrauch verloren?
4) Wer hat, wenn darüber Streit zwischen Vater und Sohn entsteht, ob letzterer noch der väterlichen Gewalt unterworfen sey, den Beweis zu führen?
5) Können Adoptirte auch wider ihren Willen emancipirt werden?
6) Kann die väterliche Gewalt auch durch Verstoßung der Kinder (abdicatio) aufgehoben werden?
7) Verlieren die Kinder auch h. z. T., wenn sie durch selbständige Errichtung eines Haushaltes aus der väterlichen Gewalt treten, das jus suitatis, wie bei der römischen Emancipation?
8) Wenn die Tochter nach getrennter Ehe in das elterliche Haus zurückkehrt, reviviscirt da die väterliche Gewalt?
9) Welche rechtliche Folgen hat die Aufhebung der väterlichen Gewalt für den Vater?

Zu 1) Der Vater hat

a) gegen den Sohn die act. de paternitate affirmativa oder negativa, sowie umgekehrt der Sohn die act. de filiatione affirmativa vel negativa. Ein merkwürdiger Fall der actio de filiatione negativa findet sich in Seuffert's u. Glück's Blättern f. Rechtsanw. Bd. IX. S. 169.*)

*) Es handelte sich nämlich um die Frage: ob die Klägerin, nachdem der ursprünglich der Vaterschaft geständige und deshalb als Vater gegoltene Be-

b) gegen Andere: wegen Verführung der Kinder die act. de servo corrupto utilis, l. 14. §. 1. D. 11. 3., und wenn die Kinder heimlich weggeführt worden sind, die actio furti, l. 14. §. 13. l. 38. §. 1. D. 47. 2. — insbesondere, wenn die väterliche Gewalt unbestritten ist, das interdictum de liberis exhibendis. D. 43. 30. Cod. 8. 8.

Zu 2) Heut zu Tage bieten sich in der Praxis*) hauptsächlich folgende Ursachen für die Endigung der väterlichen Gewalt dar:

a) der Tod des Vaters oder des Kindes;

b) Die Verehelichung von Seite der Tochter, s. Glück Thl. II. S. 443., Heimbach in Weiske's Rechtslexikon XII. S. 80. sowie die Errichtung eines eigenen Haushaltes der Söhne, wozu diese durch erreichte Volljährigkeit — wenn gleich diese [wenigstens nach gemeinem Recht] nicht schon von selbst, wie Voet im Comm. ad Pand. Lib. II. tit. 7. §. 15. annimmt, die väterliche Gewalt aufhebt — allerdings insoweit ermächtigt werden, als nicht der Vater eine Prodigalitäts-Erklärung gegen sie auswirkt, s. Glück Thl. II. §. 161., Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. VII. no. 29. u. 120., Eichhorn a. a. O. §. 316., sowie die Söhne auch schon dann als sui juris angesehen werden, wenn sie, ohne mehr vom Vater unterhalten zu werden, für sich leben; s. Glück a. a. O. S. 384.

---

klagte seine damalige Angabe selbst für unwahr vor Gericht erklärt hatte, doch noch mit einem Beweis ihrer Negation belastet werden könne? Durch Erkenntniß zweiter Instanz wurde sie davon befreit.

*) Von den Bestimmungen des R. R. hat gar Vieles h. z. T. seine praktische Bedeutung verloren. Es bedarf weder der Emancipation durch feierliche Erklärung vor dem Richter (emanc. Justinianea), noch wird sich leicht ein Fall finden, wo man veranlaßt wäre, sie beim Landesherrn nachzusuchen (emanc. Anastasiana). Ebenso wenig paßt zur heutigen Verfassung die mit der römischen Emancipation durch den Verlust der Suität verbundene capitis diminutio minima, die capitis diminutio maxima und media, in deren Folge der Vater die Rechte eines pater familias verlor, sowie die mehreren Fälle, in welchen der Vater zur Emancipation gezwungen werden konnte. Alles dies hat bei uns durch polizei- und strafgesetzliche Verfassung eine Umgestaltung erlitten; vergl. Eichhorn Einl. in das deutsche Privatr. §. 316. not. b. Von Aemtern und Würden, mit welchen die Römer die Fortdauer der väterlichen Gewalt als unverträglich ansahen, kann wohl h. z. T. nur noch die Bischofswürde und das Fiscalat in Betracht kommen, allein es wird dieser zur Erlangung der Selbständigkeit selten erst bedürfen. Vergl. Heimbach in Weiske's Rechtslexikon XII. S. 70.

§. 161., Eichhorn a. a. O. u. Heimbach a. a. O., S. 72—79.; vergl. den vorigen Abschn. lit. b. Nr. 17.

Die Anstellung eines Haussohnes im Staatsdienste hebt an sich die väterliche Gewalt keineswegs auf, sondern nur, wenn Anstellung eigenen Haushaltes damit verbunden ist; s. Erk. des O.=A.=G. zu Jena in Emminghaus Pand. des sächs. Rechts S. 388. no. 71. — Uebereinstimmend erkannte das O.=A.=G. in Celle: „der Eintritt in Civil= und Militärdienste kann an und für sich der Emancipation nicht gleichgestellt werden"; s. Seuffert's Archiv Bd. V. H. 1. S. 38., desgl. Eichhorn deutsch. Privatr. §. 316., Mittermaier d. Privatr. §. 378. (325.) Zwar hatten die römischen Gesetze verschiedene Würden dergestalt privilegirt, daß sie von der väterlichen Gewalt befreiten; v. Wening=Ingenheim im Lehrb. d. g. Civilr. Buch IV. §. 108. hält diese h. z. T. noch auf das Episcopat und Fiscalat für anwendbar, so auch Hofacker Princ. jur. civ. T. I. §. 616., Richter sel. jur. princ. Diss. 2. §. 9., aber richtiger ist es wohl, und von den Neueren ziemlich allgemein angenommen, daß jene Bestimmungen als antiquirt zu betrachten seyen, und sich bei uns Alles auf die Errichtung eines eigenen Haushaltes von Seiten der Söhne, und auf Verehelichung von Seiten der Töchter reducire. Unter dem besonderen Haushalt versteht v. Gerber im System d. deutsch. Privatr. §. 242. „ein selbständiges, aus den Früchten eigener Erwerbthätigkeit und eigenen Vermögens unterhaltenes Leben beginnen", und hält nicht einmal eine äußere Trennung von dem Hause hierzu erforderlich. Auf keinen Fall ist der Begriff eines besonderen Haushaltes durch die Fortdauer kleiner väterlicher Unterstützungen ausgeschlossen; s. Gerber a. a. O., Kreittmayr Anmerk. zum Bayer. L.=R. Thl. I. Kap. 5. §. 7. no. 4. [Diese Ansichten v. Gerber's theilt Heimbach in Weiske's Rechtslex. XII. S. 72. Letzterer führt ferner aus: Die väterliche Gewalt werde nicht aufgehoben, wenn der Sohn zwar von seinem eigenen Vermögen leben könne, aber im väterlichen Hause bleibe und den Unterhalt vom Vater empfange; nach der vorherrschenden Ansicht auch dann nicht, wenn die Söhne zwar das elterliche Haus verlassen und von den Eltern keinen Unterhalt mehr bekommen, aber auch keinen besonderen Haushalt anlegen, sondern als Dienstboten, Soldaten, Handlungsgehilfen oder Handwerksgesellen sich ihren Unterhalt ver=

dienen; endlich ein volljähriger Sohn bedürfe zur Anstellung eines besondren Haushalts der väterlichen Einwilligung nicht, wohl aber ein noch minderjähriger. Ebendas. S. 72—77. — Nach einem Erkenntniß des Berl. Obertribunals (s. Striethorst's Archiv für Rechtsf. N. F. II. Jahrgg. 1. Bd. 1859. S. 206—209) wird weder, wenn dem großjährigen Sohn vom Vater Mitbesitz nebst Verwaltung des väterlichen Gutes eingeräumt wird, noch wenn der Sohn ein unbesoldetes Ehrenamt (eines Feuerdistrict-Commissars) übernimmt, die väterl. Gewalt aufgehoben.

Darüber, ob auch bei Töchtern durch separatio oeconomiae die väterliche Gewalt erlösche, weichen die Gesetzgebungen u. Rechtslehrer unter sich ab; Kraut, Vormundschaft, II. S. 658 ff. u. Heimbach a. a. O., S. 79 bejahen die Frage.

Daß bei Söhnen durch ihre Verheirathung allein, auch wenn sie nicht mit separatio oeconomiae verbunden ist, die väterliche Gewalt beendigt werde, wird von den Meisten z. B. Glück Thl. II. S. 399, Eichhorn Einleit. §. 316., v. Gerber §. 242. verneint, dagegen von Kraut Vormundsch. II. S. 172., Heimbach in Weiske's Rechtslex. XII. S. 82. u. Bluntschli, deut. Privatr. §. 176. behauptet.

Ueber die Nichtverbindlichkeit des Vaters zur Ausstattung der Söhne (subsidium paternum) sagt das O.-A.-G. zu Wolfenbüttel: „Dasjenige, was dem Vater in Rücksicht der Dotation der Töchter obliegt, ist auf die Söhne, wenn diese ein abgesondertes eigenes Hauswesen einrichten, weder nach röm., noch nach deutschem Recht anzuwenden, da insondert die l. 7. C. 5. 11. nur auf die Verbindlichkeit des Vaters, für den Sohn eine (außer Gebrauch gekommene) donatio propter nuptias zu bestellen, bezogen werden kann," s. Seuffert's Archiv XII. No. 275.]

Nach deutschrechtlichen Principien, welche in einem allgemeinen Herkommen begründet sind, wird das Verhältniß der väterlichen Gewalt in allen ihren Wirkungen, namentlich auch rücksichtlich der Eigenschaft als suus heres, jedenfalls dann aufgehoben, wenn das Hauskind sich seinen Unterhalt selbständig und ohne elterliche Beihilfe erwirbt; s. Erk. d. O.-A.-G. in Celle in Seuffert's Archiv. Bd. V. H. 1. S. 42.

c) wenn der Vater arrogirt oder der Sohn plene adoptirt wird;

§. 7. J. 1. 11. — l. 23. l. 26. D. 1. 7. — l. 1. §. 4. D. 38. 8. — l. 4. §. 10. l. 5. D. 38. 10.

d) Verurtheilung des Vaters in eine solche Strafe, welche den bürgerlichen Tod oder die Ehrlosigkeit im Gefolge hat. Ob Landesverweisung auch den Verlust der väterlichen Gewalt zur Folge habe, ist zweifelhaft; s. Lauterbach Diss. de peculio adventitio irregulari §. 22., Leyser Vol. I. Sp. 21. §. 6., Stryck Diss. de confinatione c. 5. th. 4., vergl. Preuß. allgem. Landr. Thl. II. Tit. II. §. 255., Oesterreichisches Gesetzb. Art. 176.

e) zur Strafe kann der Vater die Rechte der väterlichen Gewalt, oder wenigstens das Erziehungsrecht verlieren, wenn er zu einer im Staate verbotenen Religion übertritt, wenn er eine blutschänderische Ehe eingeht, oder die Kinder aussetzt, sie zur Unzucht verführt, sie mißhandelt, oder ihnen den Unterhalt versagt; l. 5. D. 37. 12., Leyser Vol. I. Sp. 21. Med. 7. v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilr. Bd. III. §. 402. (110.)

Zu 3) Dies kann man zwar nicht geradehin behaupten, s. v. Wening-Ingenheim a. a. O., wohl aber kann der Vater, wenn er selbst das Kind lange Zeit wie sui juris handeln ließ, nicht gegen Andere wieder das Gegentheil geltend machen; l. 25. D. 1. 7. — l. 1. C. 8. 47. — Glück Thl. II. §. 156.

Zu 4) Der Sohn muß beweisen, von der väterlichen Gewalt frey zu seyn; l. 8. D. 22. 3., Schweppe röm. Privatr. Thl. IV. S. 26. §. 644., doch gilt nach l. 1. C. 8. 47. auch der factische Beweis, wenn der Vater den Sohn lange hat selbständig handeln lassen.

Zu 5) Gewöhnlich wird diese Frage bejaht, bezüglich §. 3. J. 1. 11. — l. 10. pr. C. 8. 48.

Zu 6) Eine Lossagung von den elterlichen Pflichten (abdicatio) kann rechtlich nicht stattfinden; s. l. 6. C. 8. 47. — vergl. Hagemann und Günther Archiv f. d. theoret. und prakt. Rechtsgelehrsamkeit Thl. I. S. 303.

Zu 7) Für die verneinende Meinung sind anzuführen; Boehmer Exerc. ad Pand. T. I. pag. 913., Cocceji Jus controv. Lib. I. Tit. 7. qu. XII. pag. 110. Vergl. Fr. 1. b. und not** zu Fr. 2. Für die bejahende Glück Thl. II. §. 162. a., C. Höpfner Instit.-Comm. §. 506. not. 2., Hofacker Princ. jur. civ. T. I. §. 622. not. f. pag. 486.

Zu 8) Nein; s. l. 12. D. 1. 7. — Heimbach Erörterungen Bd. I. S. 31. u. in Weiske's Rechtslex. XII. S. 80.

Zu 9) Wenn sie zur Strafe verhängt wird, so verliert der Vater alle Rechte an dem Kinde, das pecul. profect. wird nun freies Eigenthum des Kindes und am adventitium vereinigt es mit dem Eigenthum auch Besitz und Genuß. Das onus alendi wird übrigens dadurch nicht aufgehoben; l. 5. D. 37. 12.

Außer dem Fall einer Strafe verliert der Vater nur den Nießbrauch des Adventizgutes, und bei freiwilliger Emancipation — nicht also bei der gesetzlich begründeten, folglich von Seite des Vaters nicht willkürlichen Lösung der väterl. Gewalt durch Errichtung eines eigenen Haushalts von Seite des Kindes*) — bekommt er noch zu einiger Entschädigung für diesen Verlust, auch wenn er deshalb sich nichts ausdrücklich vorbehalten hat, das sogen. praemium emancipationis, welches in der Hälfte des Nießbrauchs am Adventizgut besteht. — Glück Thl. II. §. 161. u. 162., Schweppe röm. Privatr. Bd. IV. §. 672. — s. l. 6. §. 3. C. 6. 61. [Die Unverträglichkeit dieses praemium mit dem deutschen Recht behaupten Höpfner Commentar §. 163. u. Heimbach a. a. O., S. 84.]

---

§. 71.

10. Verschiedene Erwerbungsarten der väterlichen Gewalt.

a) Legitimation.

Cod. V. 27. de naturalibus liberis et matribus eorum, et ex quibus causis justi efficiantur. Nov. 74. u. 89.

1) Was versteht man unter der eigentlichen Legitimation im Sinne des römischen Rechts und unter der sogen. legitimatio minus plena s. Germanica?
2) Auf welcherlei Art kann sie unehelichen Kindern zu Theil werden?

---

*) Es versteht sich dabei von selbst, daß der Vater nicht gerechte Gründe habe, der selbständigen Etablirung oder eigenem Haushalt überhaupt der Absonderung des Sohnes entgegen zu seyn. Auf diese Art läßt es sich mit dem aufgestellten Satz wohl vereinigen, wenn Puchta im Lehrb. der Pand. §. 445. das praemium emancipationis gleichwohl dann noch anwendbar findet, wenn die Absonderung auf den Wunsch des Kindes geschah, und der Vater sie hätte verweigern können. —

3) Findet die Legitimation durch landesherrliches Rescript, wenn eheliche Kinder vorhanden sind, auch mit dem Effect der Successionsrechte statt?
4) Können auch liberi adulterini und incestuosi durch nachfolgende Ehe legitimirt werden?
5) Wird die legitimatio per subsequens matrimonium schon durch die kirchliche Einsegnung bewirkt, oder ist dazu matrimonium consummatum erforderlich?
6) Ist zur Legitimation unehelicher Kinder auch deren Einwilligung nöthig?
7) Können auch die Kinder selbst und deren Vormünder ohne Concurrenz ihres natürlichen Vaters die Legitimation durch landesherrliches Rescript erbitten?
8) Hat die Legitimation retroactive Wirkung auf den Zeitpunkt der Geburt zurück?
9) Gewährt die Legitimation durch nachfolgende Ehe auch die Rechte der adeligen Abstammung und die Successionsfähigkeit in Lehen und Stammgüter?
10) Können Legitimirte auch Anspruch auf Familienstipendien machen, so lange ehelich geborene genußfähige Familienglieder vorhanden sind?
11) Auf welche Weise wird die sogen. legitimatio per testamentum bewirkt?

Zu 1) Man versteht darunter diejenige rechtliche Handlung, wodurch uneheliche Kinder den ehelichen in Bezug auf Familienrechte und Erbrecht gleichgestellt werden; Nov. 12. c. 4. Nur uneigentlich wird auch der landesherrliche Act, wodurch blos der den unehelichen Kindern anklebende Makel getilgt und die daraus entstehenden bürgerlichen Nachtheile, besonders in Ansehung ihrer Aufnahme in Gilden und Zünfte, gehoben werden, Legitimation genannt.

Zu 2) Entweder durch nachfolgende Ehe oder durch landesherrliches Rescript. Die nachfolgende Ehe hat die gedachte Wirkung auch dann, wenn in derselben eheliche Kinder hinzukommen, s. §. 13. J. 1. 10. in der verbesserten Lesart, statt et aliis l. etsi aliis. Schrader Corp. jur. civ. pag. 75. und die deutsche Uebersetzung des Corp. jur. not. 13. zu §. 13. J. 1. 10., vergl. Nov. 74. pr. Nov. 89. c. 8. Sie kann sie aber natürlich nur unter der Voraussetzung haben, daß der Vater

das uneheliche Kind wirklich als sein Kind ausdrücklich oder stillschweigend anerkannt hat, oder dieses den Beweis darüber erbringen kann; Sintenis Civilr. Bd. III. §. 138. III.

Die legitimatio per Rescriptum Principis kann erfolgen entweder auf Antrag des Vaters, oder wenn er in seinem Testament den Willen zu erkennen gegeben hat, daß sie ehelichen Kindern gleich seyn und ihn beerben sollen, auch auf Antrag der Kinder nach Antritt der Erbschaft; s. zur Fr. 11.

Zu 3) Wo die landesherrliche Macht unumschränkt ist, mag sich wohl darüber nicht streiten lassen. Die landesherrliche Legitimation muß dann wohl insoweit gelten, als der Pflichttheil der ehelichen Kinder nicht verletzt ist, denn nur auf diesen haben sie ein jus quaesitum. Daß aber beim Vorhandenseyn ehelicher Kinder eine Legitimation der unehelichen mit dem Effect der Successionsrechte überhaupt ganz gegen die Natur dieses Rechtsinstituts ist, läßt sich eben so wenig verkennen. Denn der Zweck und Grund war bei der Legitimation, das Concubinat durch das eheliche Verhältniß zu verdrängen. Nur wo die Ehe mit der Concubine unmöglich war, sollte zum Besten der unehelichen Kinder durch landesherrliches Rescript nachgeholfen werden, doch durften keine ehelichen Kinder da seyn; Nov. 12. c. 4. — Glück Thl. II. S. 267., Mackeldey Lehrb. §. 555. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Thl. III. §. 398. (92.) Daraus folgt, daß, wenn Kinder vorhanden sind, das landesherrliche Rescript nicht in der Ausdehnung auf Successionsrecht von selbst verstanden werden könne, und wenn auch dessen Ausdruck die dahin gerichtete Absicht unzweifelhaft machen sollte, erst noch darauf gesehen werden muß, ob in der Supplik das Vorhandensein ehelicher Kinder angegeben war, oder nicht. Im letzten Falle müßte das Rescript als erschlichen angesehen werden; denn es ist nicht zu vermuthen, daß der Landesherr mehr gewähren wollte, als in dem Rechte aus der Legitimation unter solchen Umständen begriffen ist; s. v. Vangerow Pandecten Thl. I. §. 256. not. 1., Sintenis Civilr. Bd. III. §. 138. III.

Zu 4) Die Legitimationsfähigkeit der incestuosi mittels einer durch Dispensation möglich gewordenen Ehe geht hervor aus c. 6. X. qui filii sint legitimi (4. 17.) In Ansehung der adulterini muß für die legitimatio per Rescriptum Gleiches statuirt werden, nachdem das canonische dem römischen Recht derogirt hat; c. 13. X. qui filii sint legitimi (4. 17.). Boehmer J. Eccl. P. Lib. IV. tit. 17. §. 10., Glück Thl. II. S. 292. Durch nachfolgende Ehe schien dies zwar unmöglich,

weil nach c. 6. X. qui filii sint leg. (4. 17.) die Ehe zwischen den Personen, welche mit einander einen Ehebruch begangen hatten, verboten war. Allein da später dieses Eheverbot nur auf besondere Umstände beschränkt wurde, s. c. 6. X. de eo, qui duxit in matrimonium, quam polluit per adulterium, mithin dispensable Ehebruchsfälle möglich wurden, so folgt für diese von selbst auch die Legitimationsfähigkeit durch nachfolgende Ehe; Diek Beitr. z. Legitimation durch nachfolgende Ehe S. 147 — 172. Anderer Meinung ist jedoch Schrader in den Abhandl. aus dem Civilr. no. 1.

Die Frage: ob ein im Ehebruch erzeugtes Kind durch nachfolgende Ehe legitimirt werden könne, ist lediglich nach den Gesetzen des Orts zu beurtheilen, wo der Vater zur Zeit der Eingehung dieser Ehe seinen Wohnsitz gehabt hat. In dem Bayerischen Edict über den Adel sind ohne Unterschied die durch nachfolgende Ehe legitimirten den ehelich geborenen gleich geachtet; Seuffert und Glück's Bl. f. Rechtsanw. Bd. IX. S. 43. Auch durch ein Erk. des O.=A.=G. in Dresden v. J. 1848 wurde die Legitimations=Fähigkeit der adulterini per subsequens matrimonium anerkannt; s. Wochenbl. f. Rechtsfälle v. J. 1848. S. 211., v. J. 1846. S. 33.; ingleichen durch ein Erk. des O.=A.=G. in Darmstadt, s. Emminghaus Corp. jur. Germ. S. 892. Ed. II. und des O.=A.=G. in Cassel, s. Strippelmann Samml. Thl. V. S. 459., Eichhorn Kirchenr. II. S. 451., Richter Kirchenr. S. 517. und 531., Stryck Us. mod. I. 6. §. 12.

Zu 5) Wo nicht die altdeutsche Gewohnheit in Provincial= oder Landesgesetze bestimmt übergegangen ist, muß die Trauung durch den Priester, oder nach dem Tridentinum die Erklärung des Eheconsenses vor Pfarrer und Zeugen genügen, kann also auch auf dem Sterbebette noch geschehen. Die nach R. R. erforderlich gewesenen pacta dotalia sind durch die heutigen Förmlichkeiten der Ehe überflüssig geworden; s. Glück a. a. O. §. 143.

Zu 6) Auf die Einwilligung der Kinder kann bei der Legitimation durch nachfolgende Ehe nichts ankommen, weil das factum, welches diese Wirkung ipso jure hervorbringt, im freien unabhängigen Willen der Eltern liegt. Indem also das canonische Recht der Ehe an und für sich diese Kraft zuschreibt, ist dieselbe nicht mehr, wie nach Nov. 89. c. 11., von einer Einwilligung der Kinder abhängig. In Ansehung der Legitimation durch Rescript aber bleibt es beim R. R., das Stillschweigen der Kinder wird jedoch schon für Einwilligung angenommen; s. Mackeldey Lehrb. §. 555.

Zu 7) Nur insoweit, als der Makel der unehelichen Geburt

getilgt werden soll; eine vollkommene Wirkung aber kann ohne die entweder bei Lebzeiten oder durch Testament gegebene Einwilligung des Vaters nicht durch landesherrliches Rescript erlangt werden.

Zu 8) Die von Einigen aufgeworfene Idee einer fictio retrotractiva ist von allen Neueren als irrig verworfen. Die legitimatio per Rescr. kann nur vom Moment seiner Erlassung an, und nicht rückwärts wirken. Es ist hier keine Ausnahme von der allgemeinen Regel der Convalescenz eines ursprünglich ungiltigen Acts gemacht, vielmehr scheint die Regel deutlich genug in Nov. 78. c. 4. ausgedrückt zu seyn; hiernächst liegt auch eine Fiction nicht in der Natur des Acts, und es bedarf deren nicht; s. Thibaut Versuche Thl. I. no. 10., Höpfner Institt. Comm. §. 136., Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. III. §. 558., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Thl. I. §. 93. (146.) Thl. III. §. 398. (94.) v. Vangerow a. a. O.

Zu 9) Ob diese Legitimation auch die Successionsrechte in Lehen-, Stamm- und Fideicommißgüter gewähre, ist, soweit nicht Familienstatuten oder besondere Landesgesetze darüber entschieden haben, bis auf die neueste Zeit streitig geblieben. Die altgermanische Ansicht, deren Strenge sich am längsten im Lehenrecht *) erhalten hat (II. F. 26. §. 10. naturales filii, licet postea fiant legitimi, ad successionem feudi nec soli, nec cum aliis admittuntur), war der Negative zugewendet, die canonische ist unstreitig bejahend, c. 1. X. qui filii sint leg., und sonach auch mit dem römischen Recht zusammenstimmend; l. 10. C. de natural. lib. (5. 27.) Nov. 89. cap. 8. Ob nun durch beide recipirte Rechte die alten deutschen und longobardischen Gewohnheiten in foro verdrängt worden seyen, ist eigentlich die Frage, auf welche es ankommt. Die Zahl der streitenden Rechtsgelehrten für oder gegen die Successionsfähigkeit der durch nachfolgende Ehe legitimirten Kinder ist auf beiden Seiten ziemlich gleich, so daß man nicht unbedenklich mit Weber im

---

*) Besonders im sächs. Land- und Lehenrecht, J. F. S. cap. 2. J. P. S. Lib. I. Art. 56. cf. der Glossator des sächs. Lehenrechts in Glossa lat. ad cap. 2. J. F. S. ex hoc textu notant Doctores, quod legitimati per subsequens matrimonium secundum jus feudale Saxon. non possint succedere in feudum. Bekanntlich hat jedoch gegen diesen Text Papst Gregor eine eigene Bulle v. J. 1374. erlassen, s. Goldast collect. leg. et constit. imperii, in praefat. Ein auffallender Widerspruch findet sich zwischen dem schwäbischen Land- und Lehenrecht, indem das schwäbische Lehenrecht die unehelich geborenen Kinder ohne Unterschied zwischen Legitimirten und Nichtlegitimirten von der Lehensfolge ausschließt, dagegen das schwäbische Landrecht sich für die Lehensfähigkeit der mittels nachfolgender Ehe legitimirten Söhne erklärt; J. P. A. cap. 373.

Handb. des Lehenrechts Thl. III. S. 242.*) annehmen kann, die Mehrzahl habe für die Lebensfähigkeit entschieden, aber vorzugsweise in den Ausruf des edlen Möser einzustimmen wagen darf: „das Recht der Echtschaft, was die nachfolgende Ehe ertheilt, ist als eine große und weise Ausnahme von der Regel bei allen gesitteten Völkern zugelassen.“ Wenigstens in Beziehung auf den hohen Adel und auf das Feudalwesen scheint die ächt christliche Ansicht noch nicht ganz durchgedrungen zu seyn. Ihr stellt man hauptsächlich den oben angeführten Lehentext entgegen. Allein, wenn man auch genöthigt wäre, ihn auch von den legitimatis per subsequens matrimonium zu verstehen, was wohl dann der Fall wäre, wenn es hieße: licet postea vel quocunque modo fiant legitimi, und wenn man bei seiner indistincten, aber auch minder bestimmten Fassung nicht wagen dürfte, ihn nach gemeinrechtlichen Grundsätzen zu interpretiren, so scheint doch, auch hiervon abgesehen, schon aus der Einführung des römischen und canonischen Rechts in Deutschland die Einschränkung des Lehntexts auf die per rescriptum Principis legitimati nothwendig zu folgen, indem die legitimatio per subsequens matrimonium nicht nach altgermanischen

---

*) Der dort angeführten Literatur über diese Streitfrage ist noch beizufügen:

a) für die Successionsfähigkeit: Knipschild de fideicom. fam. cap. VIII. no. 327., Krafft de ord. success. in fideic. fam. §. 19., Dieck Beitr. zur Lehre v. d. Legitimation durch nachfolgende Ehe. Halle 1832. Desselben Entgegnung auf die Darstellung des gräflich Bentink'schen Erbfolgestreits, welche Prof. Wilda in der Zeitschr. f. deutsches Recht geliefert hat. 3 Hefte. Leipzig 1841. — A. Michaelis Votum über den Reichsgräflich Bentink'schen Erbfolgestreit. Tübingen 1841. Desselben Recensionen der Schriften über diesen Successionsstreit in Richter's und Schneider's kritischen Jahrbüchern für deutsche Rechtswissenschaft. Jahrg. V. S. 1060. u. 1092., wo auch, sowie in Dieck's Entgegnung III. S. 50., als dieser Ansicht beistimmend angeführt werden: Albrecht, Feuerbach, Jacobson, Witte, Zachariä, Heinke, Kind, Klüber, Kermer, Tittmann, Ad. Weber und G. M. Weber, desgl. Hackemann in Zepernick's Analecta jur. feud. I. pag. 381. u. a. m.

b) gegen dieselbe: Mayr Handb. d. gem. u. Bayerisch. Lehenrechts §. 82. S. 194., Gründler Polemik des germanischen Rechts Thl. III. S. 405., §. 645. — Wilda der Reichsgräflich Bentink'sche Erbfolgestreit, in der Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft von Reyscher und Wilda Bd. III. S. 197. Bd. IV. S. 148. In Bezug auf Lehen und auf den hohen Adel auch Eichhorn Einleit. §. 354. u. 369. Nur in Bezug auf den letztern hat sich Mittermaier in den Grds. d. gem. deutsch. Privatr. Thl. I. §. 66. (§. 60.) Thl. II. §. 449. (398.) gegen die Successionsfähigkeit der Mantelkinder ausgesprochen.

Rechten und Gewohnheiten, welchen sie ganz unbekannt war, sondern nur nach denjenigen Rechten, welchen diese Institution ihre Entstehung verdankt, beurtheilt werden kann. Die Successionsunfähigkeit vorehelicher Kinder war ja im Mittelalter durchaus keine Eigenthümlichkeit des Lehnrechts, sondern im Landrecht eben so, wie im Lehnrecht begründet. Ist nun im gemeinen Recht eine zeitgemäßere Ansicht durchgedrungen, so ist es gewiß consequent, sie nun eben auch im Lehensverhältniß gelten zu lassen. Selbst Wilda, ob er gleich im gräflich Bentink'schen Erbfolgestreit als Gegner dieser Ansicht auftrat, gesteht doch a. a. O. S. 301., „im 16. Jahrhundert, als das römische Recht allgemein als Grundlage des gemeinen Rechts anerkannt war, sprachen die Juristen fast durchgängig den Legitimirten die Successionsfähigkeit sowohl im Lehen als im Erbe zu." Daß diese Ansicht, wie Pütter Primae lineae jur. priv. Principum §. 27. bezeugt, und Stryck de successione ab intestato Diss. I. Cap. III. §. 27. sich ausdrückt, sententia communiter recepta geworden ist, und wie Dieck a. a. O. weiter ausführt, am Ende des 15. Jahrhunderts schon in Deutschland gemeinrechtlich gegolten hat, läßt sich um so weniger bezweifeln, als eben deswegen die Vasallen sich so häufig bemüßigt fanden, ihre Lehenherren zu einem gesetzlichen Ausschluß der Mantelkinder zu bewegen, wovon sich in Struben's rechtl. Bedenken Thl. III. S. 194. interessante Beispiele finden. Im südlichen Deutschland, welches der Einführung der fremden Rechte weniger widerstrebte, fand dieser usus um so mehr Eingang. Der Schwabenspiegel huldigt schon der canonischen Ansicht (s. Art. 42. u. 232. der Wackernagel'schen Ausgabe). Bei geistlichen Lehnhöfen wäre es ein Verbrechen gewesen, irgend eine den allgemeinen Verordnungen der geistlichen Rechte zuwiderlaufende, lediglich auf deutsche Sitten sich gründende Erklärung des text. feud. oder selbst ein jenen zuwiderlaufendes weltliches Recht vorzuziehen, und so konnten sich auch die weltlichen Lehnhöfe dieser usuellen Restrictiv-Auslegung offenbar nicht mehr erwehren, denn sonst hätten sie sich nicht genöthigt halten können, die alte Sitte mittels eigener Gesetze in Schutz zu nehmen. Ueberdem findet man in diesen die Absicht, dem gemeinen Lehnrecht zu derogiren, sogar wörtlich ausgedrückt, z. B. im Brandenburgischen Patent v. J. 1687., „daß hinführo in den Märkischen Landen keine legitimati per subsequens matrimonium in die Lehen succediren, und in diesem Falle dem juri feudali communi derogirt seyn soll"; ferner in zwei Hessischen Landrechten v. J. 1592. u. 1651., wo sich bei gleicher Bestimmung der Beisatz findet: „man wolle bei Ritterlehen das gemeine Recht nicht gelten lassen."

In Ansehung des niederen Adels sind die wenigsten Rechtsgelehrten gegen die Successionsfähigkeit der legitimati per subsequens matrimonium, und diese ist auch durch die meisten Landesgesetze geschützt, z. B. das preußische allgem. Landr. Thl. I. Tit. 18. §. 361., das Kursächsische Recht, Zachariä, Kursächs. Lehensr. §. 79. und Stryck de success. ab intest. Diss. I. Cap. IV. §. XIV., das Gothaische Lehensmandat §. 75., das ältere und neuere bayerische Lehensrecht, Cod. Bav. civ. P. IV. Cap. XVIII. no. 4., sowie das Ao. 1808. emanirte Edict über die Lehensverhältnisse im Königreich Bayern Kap. III. §. 55., ferner die Rechte von Ostfriesland, Jever und das Brabanter Lehenrecht, s. Michaelis Votum über den Reichsgräflich Bentink'schen Erbfolgestreit S. 45. Dies gilt um so mehr auch von den Mitgliedern der Reichsritterschaft, insoweit nicht ein entgegengesetztes Familienherkommen oder Statut erweislich ist, als dafür schon Präjudizien der vormaligen Reichsgerichte vorliegen, dergleichen Dieck a. a. O. S. 104. von den reichsadeligen Familien von Münster, von Weyherr, Marschalk von Ostheim rc. anführt, und Runde im deutschen Privatrecht §. 369. not. b. von der ritterschaftl. Familie der v. Künsberg erwähnt, indem durch ein Reichshofraths=Conclusum v. 26. August 1718 ein durch nachgefolgte Ehe legitimirter v. Künsberg in possessorio für erbfähig in Lehen und Stammgut erklärt wurde; s. Moser's Reichshofrathsproceß Thl. III. S. 271.

Zu 10) Diese Frage wird zwar von Eichmann in d. Erklärung d. bürgerl. Rechts Thl. III. S. 282. verneinend beantwortet, allein die Gründe für die Bejahung, s. Glück Thl. II. §. 146., scheinen überwiegend, indem vorzüglich der gemeinnützige wohlthätige Zweck in das Auge zu fassen ist, und die durch nachfolgende Ehe, sowie durch Rescript legitimirten Kinder doch in Beziehung auf den Vater alle Rechte legitimer Kinder haben.

Zu 11) Die sogen. legitimatio per testamentum. ist eigentlich nur eine Unterart der legitimatio per rescriptum, indem diese nur auf einem außergewöhnlichen Wege gesucht wird, wenn der Vater sie bei Lebzeiten noch nachzusuchen verhindert war; Nov. 74. c. 2. Nov. 89. c. 10. — Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. I. S. 78.

Sie kann in der Art bewirkt werden, daß

a) der Vater in einem an sich giltigen Testament das Kind zum Erben einsetzt und seinen Willen erklärt, daß es legitimus seyn soll;

b) das Kind die Erbschaft sofort antritt, und um ein Legitimations=Rescript nachsucht, wobei dasselbe die allgemeinen Erfordernisse

der legitimatio per rescriptum nachweisen und den väterlichen letzten Willen darlegen muß.

Es wird vorausgesetzt, daß dem Vater aus irgend einem triftigen Grunde die Verehelichung mit der unehelichen Mutter der Kinder zu dem Zeitpunkt, wo die Legitimation gesucht wird, überhaupt nicht mehr möglich ist, oder von ihm aus schicklichen Gründen abgelehnt werden kann, und daß derselbe keine ehelichen Kinder habe. Eine Verschweigung dieses Erfordernisses macht das Rescript zu einem erschlichenen und darum nichtigen; Puchta Pand. §. 440., Sintenis Civilr. Bd. III. §. 188. not. 51. Daß aber der Regent durch einen Act der Gnade von dem nicht verheimlichten Mangel gesetzlich postulirter Bedingungen Umgang nehmen könne, ist nicht zu bezweifeln; Glück Thl. II. S. 311. 320., Sintenis a. a. O.

Wenn Marezoll a. a. O. absolut ein schriftliches Testament erfordert, und daß in demselben keine persona extranea eingesetzt seyn dürfe, auch ein testamentum inter liberos nicht genüge, so läßt sich dies aus dem Gesetzen wohl nicht nachweisen, und ist gründlich widerlegt in v. Vangerow Pandecten §. 256. not. 2. Nur so viel ist richtig, daß, wenn nur ein testamentum inter liberos zum Grunde liegt, das Kind die Legitimation erst erlangen müsse, um Erbe seyn zu können. Außerdem bedarf es aber dazu auch nicht der wirklichen Legitimation, um zur Erbschaft zu gelangen, und bleibt dessen ungeachtet Erbe, wofern nicht die Legitimation ausdrücklich oder stillschweigend als Bedingung der Erbeinsetzung im Testament aufgestellt ist; s. v. Vangerow a. a. O.

---

§. 72.

b) Adoption.

J. I. 11. de adoptionibus. J. III. 10. de adquisitione per arrogationem. Dig. I. 7. de adoptionibus et emancipationibus etc. Cod. VIII. 48. de adoptionibus.

1) Auf welche Weise wird die Adoption perficirt, und wie unterscheidet sich dieselbe von der Arrogation?
2) Worin besteht der Unterschied zwischen adoptio plena und minus plena?
3) Gibt es auch eine Adoption an Bruders oder Vaters Statt?
4) Verliert der Adoptirte durch die Adoption seine Standesrechte?

5) Welchen Personen ist das Recht zu adoptiren in den Gesetzen versagt?
6) Wer kann nicht adoptirt werden?
7) Erfordernisse und Wirkungen der adoptio per testamentum.
8) Fällt ein in plena adoptio gegebenes Kind, wenn es von seinem Adoptivvater emancipirt worden ist, von selbst wieder in die ursprüngliche väterliche Gewalt zurück?
9) Was wird zur Arrogation erfordert, und welche rechtliche Wirkungen hat sie?
10) Welche Rechte und Vortheile erlangt der Adoptirende am Vermögen, insbesondere an dem vor oder nach der Adoption erlangten peculium des Adoptirten?
11) Wie unterscheidet sich das Pflegkind (alumnus) vom Adoptivkind?

Zu 1) Adoption ist der unter obrigkeitlicher Autorität vor sich gehende Erklärungsact, wodurch Jemand einen Andern in seine bürgerlichen Descendenten-Verhältnisse als Sohn, Enkel oder Urenkel annimmt; §. 5. u. 7. J. 1. 11. — l. 15. §. 1. l. 37. pr. l. 43. D. 1. 7. — Ist der Aufzunehmende noch in potestate, so heißt der Act adoptio, ist er aber sui juris, so heißt er arrogatio. Die Arrogation hat noch die eigenthümliche Wirkung, daß der Adoptivvater successor universalis des Adoptivkindes wird, mithin in dessen Rechte und Verbindlichkeiten von selbst eintritt; Heimbach im Rechtslex. Bd. I. S. 159.

Es wird zu einem Adoptivact, wenn der Adoptandus noch in väterlicher Gewalt steht, die Einwilligung dreier — und zwar gegenwärtiger — Personen erfordert (denn Stellvertretung ist nicht zulässig*), l. 24. u. 25. §. 1. D. 1. 7. — nämlich des adoptans, adoptandus und des in adoptionem gebenden Vaters, und wenn Jemand als Kindeskind von einem bestimmten Sohne angenommen wird, auch dessen Einwilligung; l. 5. D. 1. 7. — l. 10. pr. l. 11. C. 8. 48. — §. 7. J. 1. 11. — l. 6. l. 11. D. 1. 7. Auf den Consens der übrigen Agnaten kommt es nicht an. Eine cognitio causae von Seite der Obrigkeit halten Mehrere für nöthig; s. Glück Thl. II. S. 345., Müh-

---

*) Es ist wenigstens sehr unsicher, der Meinung Wernher's in lect. comm. Lib. I. tit. 7. §. 8. und Buchholtz jurist. Abhandl. S. 211. zu folgen, welche diese in der Feierlichkeit des Acts liegende Bestimmung für h. z. T. unanwendbar halten.

lenbruch Pand. §. 552. u. A. m., wogegen jedoch eingewendet wird, daß die angeführten Gesetzesstellen nur Fälle der Arrogation zum Gegenstand haben; v. Vangerow Pand. §. 249. not. 6., Schweppe röm. Privatr. Bd. IV. S. 87., Sintenis Civilr. Bd. III. §. 139. not. 34.; indessen wird doch in gewissen Fällen, z. B. wo der Adoptirende leibliche Kinder hat, oder deren noch erwarten kann, eine justa causa erforderlich; l. 17. §. 2. u. 3. D. 1. 7. — s. Puchta Pand. §. 443. Thibaut P.-R. §. 382. (Ed. 8.) Als competente Obrigkeit ist die des Domicils des leiblichen Vaters zu betrachten; Sintenis a. a. O. not. 21. Bei der Adoption genügt es, daß das Kind nicht widerspreche, bei der Arrogation aber ist dessen positive Einwilligung erforderlich; l. 2. pr. l. 5. 29. 42. D. 1. 7. Gibt der Großvater einen Enkel in Adoption, so braucht dessen Vater nicht einzuwilligen; §. 7. J. de adopt. Eine Resolutivbedingung findet bei der Adoption nicht statt; zufolge l. 34. D. de adopt., Erk. des O.-A.-G. in München in den Blättern f. Rechtsanw. Bd. XVIII. S. 63.

Zu 2) Die Adoption des älteren Rechts, welche man wegen ihrer weit greifenden Wirkungen als adoptio plena bezeichnet, konnte — gegen die Absicht dieser Institution — dem Adoptirten Nachtheil bringen. Sie hatte nämlich die Wirkung, daß der Adoptirte aus der Gewalt seines leiblichen Vaters und aus dessen leiblicher Familie heraustrat, dagegen in die potestas und familia des Adoptivvaters eintrat und Agnat seiner Agnaten wurde. Dadurch konnte aber die Folge entstehen, daß, wenn der Adoptivvater das Adoptivkind nach dem Tode des leiblichen Vaters emancipirte, dasselbe gar keinen Vater mehr zu beerben hatte. Justinian traf deshalb in der l. 10. C. 8. 48. cf. §. 2. J. de adopt. folgende Aenderung: wenn ein Ascendent einen seiner Descendenten adoptirt, soll es zwar bei dem alten Recht (also der adopt. plena) bleiben, weil in diesem Verhältniß eine Absicht, die Lage des Adoptirten zu verschlimmern, nicht wohl anzunehmen ist, wenn aber ein extraneus adoptirt, dann behält das Adoptivkind gleichwohl alle Kindesrechte gegen seinen leiblichen Vater, und beerbt auch den Adoptivvater, obgleich es nicht in dessen väterliche Gewalt kommt, wenn dieser ohne Testament stirbt. Dies wird nun adoptio minus plena genannt. Mehreres hierüber s. Sintenis Civilr. Bd. III. S. 108. ꝛc., v. Vangerow Pand. Bd. I. S. 385. ꝛc.

Zu 3) Dem Rechtsbegriff von Adoption ist dies ganz fremd; l. 7. C. 6. 24. Indessen kann ein derartiges Verhältniß durch Verträge, welche dasselbe auf zulängliche Weise determiniren — wie Erbverbrüderungen — und durch landesherrliche Rescripte gebildet wer-

den; Leyser Vol. I. Sp. 20. Med. 5., Thibaut P.=R. §. 488., Schweppe röm. Privatr. Bd. IV. §. 665. not. 2.

Zu 4) Nein; l. 35. D. 1. 7. — wohl aber erlangt er den Stand des adoptans, wenn dieser höher ist, vergl. l. 5. l. 6. D. 1. 9. von der dignitas consularis und senatoria; Schweppe a. a. O. Bd. IV. §. 666. S. 88. Daß er den Geschlechtsadel des adoptans gewinne, ist wohl zu verneinen, wenn es gleich von Manchen behauptet wird.

Zu 5) Jüngere können nicht ältere Personen adoptiren, vielmehr muß der adoptans um eine plena pubertas oder um 18 Jahre älter seyn, als der adoptatus; daß aber Der, welcher einen Andern an Enkelsstatt adoptiren will, um 36 Jahre älter seyn müsse, als der Adoptivenkel, sagen die von Glück Thl. II. S. 355. angeführten l. 40. §. 1. D. 1. 7. u. §. 4. J. 1. 11. nicht; Heimbach im R.=Lex. Bd. I. S. 160. — Castraten können nicht adoptiren, wohl aber spadones; d. i. welche durch einen Naturfehler der Zeugungsfähigkeit beraubt sind, vielleicht weil man die Hoffnung nicht aufgab, daß sie die Zeugungsfähigkeit einmal erlangen könnten. Weibern ist es nur zum Ersatz für verlorene leibliche Kinder gestattet, Andere durch kaiserliches Rescript zu adoptiren, jedoch ohne daß sie dadurch elterliche Rechte über sie erlangen; §. 10. J. 1. 11. — l. 5. C. 8. 48. — Die Adoption der eignen Concubinenkinder ist verboten; l. 1. C. 5. 27. Nov. 74. c. 3. Nov. 89. c. 7. c. 11. §. 2., und dies ist h. z. T. auch überhaupt auf uneheliche Kinder anwendbar, zufolge des Princips: wo Legitimation möglich ist, soll keine Adoption stattfinden; v. Vangerow Pand. §. 249 not. 5. — Wenn der Vater Jemand zum Enkel annimmt, so muß der dazwischen stehende Sohn einwilligen, ne ei invito suus heres agnoscatur; §. 7. J. de adopt. (1. 11.)

Zu 6) Niemand kann gegen seinen Willen adoptirt werden; vergl. Fr. 1. Der Adoptivsohn kann, wenn er später emancipirt oder von Neuem in Adoption gegeben worden ist, von dem früheren Adoptivvater nicht wieder adoptirt werden; l. 37. §. 1. D. 1. 7. Personen, welche noch unter der cura stehen, können nicht ohne ausdrückliche Einwilligung ihres Curators adoptirt werden. — Durch das SCt. Sabinianum ist bestimmt, daß, wenn Jemand von 3 Söhnen, die zusammen in der väterlichen Gewalt stehen, Einen adoptirt, er ihm $\frac{1}{4}$ seines ganzen Vermögens hinterlassen müsse; s. Heimbach a. a. O. S. 162. Arrogirt zu werden, ist Frauen nicht verwehrt; l. 21. D. 1. 7.

Zu 7) Daß dies keine eigentliche Adoption, vielmehr dieselbe sowohl den classischen Juristen, als dem Justinianischen Rechtsbuch fremd geblieben ist, und daß darunter nur die Erbeinsetzung einer

bestimmten Person, unter der Bedingung, daß sie des Erblassers Namen führe, verstanden werden könne, ist allgemein anerkannt; s. Dirksen Versuche S. 73. Ob aber der so Adoptirte nicht wenigstens dadurch das Recht erhielt, nachher von der Staatsgewalt die Arrogation vornehmen zu lassen, und dadurch wirklich in die Familie des Testators einzutreten, bleibt unter den Eingangs bemerkten Umständen, s. v. Vangerow Pand. I. §. 249. not. 3. zweifelhaft, ob es gleich nach dem Vorgang von Cujacius Obs. VII. 7. von den meisten Rechtsgelehrten angenommen ist.

Zu 8) Die l. 10. pr. C. 8. 48., woraus Manche die bejahende Meinung ableiten, s. Konopack Institut. §. 157. not. 9. u. §. 159. not. x., hat wohl nur den Sinn, daß ein solches Kind nun wieder zu den liberis des pater naturalis gehöre, und sonach wieder die durch die Adoption gestörten Intestat- oder Notherbenrechte an dessen Vermögen erlange; s. v. Vangerow a. a. O. §. 250. not. 3., Schweppe a. a. O. Bd. IV. §. 666. not. 2.

Zu 9) Die Erfordernisse der adoptio plena kommen auch bei der Arrogation in Betracht; hiernächst ist aber da immer landesherrliche Bestätigung nöthig, und auch schon in den Gesetzen Fürsoge gegen Mißbräuche getroffen, welche bei ihr leichter einschleichen können, als bei einer datio in adoptionem von Seite des leiblichen Vaters, dem keine Handlung zuzutrauen ist, durch welche die Lage seines Kindes verschlimmert würde. Bei der erforderlichen causae cognitio ist darauf Acht zu haben, ne forte turpis causa subsit; dem Vormund ist es untersagt, seinen Mündel zu adoptiren, so lange dieser nicht das 25. Lebensjahr überschritten hat; — die Arrogation ist Demjenigen, welcher noch nicht 60 Jahre zurückgelegt hat, in der Regel nicht gestattet, l. 15. §. 2. D. 1. 7. de adopt., weil er noch Hoffnung hat, Kinder aus rechtmäßiger Ehe zu erzeugen, jedoch wird eine Ausnahme gestattet, wenn ein gerechter Grund obwaltet, z. B. wenn man durch Krankheit oder sonstiges körperliches Uebelbefinden von der Erfüllung der ehelichen Pflicht abgehalten wird, oder wenn eine Verwandtschaft zwischen dem Adoptirenden und dem adoptandus nachgewiesen werden kann; s. l. 17. §. 2. D. 1. 7., Heimbach im R.-Lex. Bd. I. S. 161. — Wer schon leibliche Kinder hat, darf nicht arrogiren, l. 17. §. 3. D. eod.; es darf nicht Jemand Mehrere arrogiren, l. 15. §. 3. eod., auch nicht ein Armer einen Reichen; l. 17. §. 4. eod. [Doch sind ex justa causa Ausnahmen gestattet.]

Bei der Arrogation eines Unmündigen muß besonders auf den Grund derselben, und ob sie ehrenhaft und für den Unmündigen ersprießlich sey, in der cognitio causae Obacht genommen werden, und

der Arrogirende muß außerdem noch Sicherheit dafür bestellen, daß er das Vermögen des Unmündigen, wenn derselbe in der Unmündigkeit sterben würde, denjenigen herausgeben werde, welche ohne die geschehene Annahme an Kindesstatt zur Beerbung des Unmündigen gelangt seyn würden. Auch kann der Arrogirende den Arrogirten nicht anders aus seiner Gewalt entlassen, als wenn nach Untersuchung der Sache Grund dazu gefunden seyn wird, und er ihm dann sein Vermögen wieder herausgibt. Außerdem muß er ihm aber aus seinem eigenen Vermögen den 4. Theil (quarta Divi Pii genannt) überlassen, wenn er ihn bei seinem Tode enterbt, oder bei seinen Lebzeiten ohne rechtmäßige Ursache aus der Gewalt entläßt; §. 3. J. 1. 11.

Die Wirkungen der Arrogation sind mit denen der adoptio plena gleich, nur finden sich dabei folgende Eigenthümlichkeiten:

Hat der Arrogirte selbst schon Kinder, so gehen diese mit in die Gewalt des arrogator über; l. 3. pr. D. 4. 5. — Das Vermögen des Arrogirten erhält nicht der Arrogirende, sondern es wird peculium adventit.; §. 6. J. 2. 9. — l. 15. pr. D. 1. 7. — §. 1. u. 2. J. 3. 10. (11.) — Die bisherigen Gläubiger der Arrogirten können vom Vater verlangen, daß er sie befriedige, oder ihnen dieses pec. adventit. zum Concurs aushändige; §. 3. J. 3. 10. (11.)

In Ansehung der quarta D. Pii ist es streitig:

a) ob der impubes arrogatus sein Recht darauf auch dann behalte, wenn er erst nach erlangter Mündigkeit emancipirt oder exheredirt wurde, was Francke im Notherbenrecht S. 473. bejaht, dagegen v. Vangerow Pand. I. §. 252. Anm. No. 3. not. 3., Sintenis Civilr. Bd. III. §. 139. S. 110. aus dem Grunde verneint, weil ein in der Familie des Arrogators mündig Gewordener ebenso angesehen werden müsse, wie wenn er als Mündiger arrogirt worden wäre;

b) ob der Anspruch auf die Quart wegfalle, wenn der sine justa causa emancipirte impubes vor dem Arrogator stirbt? Verneinend erklärt sich Glück Thl. II. S. 387. Thl. VII. S. 26., bejahend v. Vangerow a. a. O. bezüglich l. 1. §. 21. D. 37. 6., so auch Sintenis a. a. O.; vergl. Francke a. a. O. S. 478.

Zu 10) Er behält alle Rechte eines leiblichen Vaters, doch fällt nur das vom filius familias erst nach der Adoption erlangte peculium in die väterliche Gewalt des Adoptivvaters; s. Schweppe a. a. O.

Bd. IV. §. 666. S. 89., Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. XIII. S. 252., Sintenis a. a. O. S. 107.

Zu 11) Das Verhältniß des alumnus ist ein blos factisches und kein eigentliches Rechtsinstitut, ausgenommen, daß auch Pflegekinder den Pflegeeltern eine gewisse Ehrfurcht schuldig sind, und gegen sie nicht als Criminalankläger auftreten sollen; Schweppe a. a. O. Bd. IV. §. 644.

---

§. 73.

c) Von der Einkindschaft.*)

1) Worin besteht das Wesentliche der Einkindschaft nach Zweck und Inhalt?
2) Was hat man darüber für Entscheidungsquellen?
3) Was wird zur Perfection eines Einkindschafts-Vertrags erfordert?
3a) Findet die Vereinkindschaftung auch in einer dritten oder vierten Ehe statt?
4) Worin bestehen die Wirkungen der Einkindschaft? Haben insbesondere die unirenden Eheleute noch die Freiheit, zu testiren, und selbst ein Kind aus rechtmäßigen Ursachen zu enterben?
5) Kann der Unirende Legate und Prälegate errichten, oder auch das Vermögen ungleich unter die Kinder vertheilen?
6) Wenn die aus der neuen Ehe erwachsenen Kinder vor ihren Eltern gestorben sind, erstrecken sich die Wirkungen der Einkindschaft auch auf deren Hinterlassene?
7) Kann eine Einkindschaft auch durch einen letzten Willen errichtet werden?
8) Ist der Stiefvater dem unirten Kinde wegen seines mütterlichen Vermögens Caution zu leisten schuldig?
9) Werden die unirten Kinder auch von dem unirenden Vater oder Mutter beerbt?

---

*) Man muß sich hier begnügen, allgemeine Umrisse zu geben, da die unbeschreibliche Verschiedenheit der ehelichen allgemeinen und besonderen Gütergemeinschaft in den deutschen Ländern es unmöglich macht, in dieser mit jener verflochtenen Materie durchgreifende Regeln zu construiren.

10) Bewirkt die unio prolium auch ein Erbrecht unter den Stiefgeschwistern?

11) Endigt sich die Einkindschaft und ihre Wirksamkeit mit dem Tode Eines der unirenden Ehegatten? oder durch die Wiederverehelichung desselben? oder durch Ehescheidung? oder auch dadurch, daß aus der neuen Ehe keine Kinder hervorgegangen, oder diese vor ihren Eltern wieder gestorben sind?

Zu 1) Die Veranlassung dazu ist immer der Uebergang eines in Wittibstand versetzten Ehegatten, und der Zweck ist, die hierdurch herbeigeführte Abtheilung des Vermögens zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Kindern erster Ehe zu vermeiden, also das Hinderniß einer ferneren Gütergemeinschaft zu entfernen, vielmehr eine Einheit sowohl des den Eltern eigenthümlichen, als des den unirten Kindern vom vorverstorbenen Vater oder Mutter angestorbenen Vermögens zu begründen, mit der Folge, daß Stiefkinder zu den Stiefeltern in Beziehung auf das Güterverhältniß unter den Eltern selbst, und auf die Erbfolge in das rechtliche Verhältniß eigener Kinder gesetzt werden. Vergl. Walter deut. Privatr. §. 241—245.

Eine weitere Ausdehnung, welche Tafinger in der Lehre von der Einkindschaft §. 33. dahin statuirt, daß der Stiefvater die vollen Rechte eines leiblichen Vaters und mit diesen insbesondere die Befugniß erlange, gegen die Verehelichung der Stieftochter Einspruch zu thun, ist im Allgemeinen nicht begründet; s. Runde deutsch. Privatr. §. 673., Eichhorn d. Privatr. §. 348. not. k., Erk. d. O.=A.=G. in Lübeck in der Hamburger Sammlung Bd. I. H. 3. S. 521., v. Gerber System §. 262. u. Walter a. a. O. §. 245. 246.

Die Frage, ob die Vereinkindschaftung auch auf außereheliche Kinder zu erstrecken sey, muß, obgleich die bejahende Meinung auch Vertheidiger gefunden hat, welche wenigstens der Mutter dieses Recht einräumen, s. Schneidt Thesaur. jur. Franc. Sect. I. p. 1753., Geigel in v. Zu=Rhein's Beiträgen zur Gesetzg. Bd. III. H. 2 no. 22., vielmehr verneint werden; s. v. d. Pfordten in Seuffert u. Glück's Bl. f. R.=A. Bd. IV. S. 249., welche die Scheingründe Jener genügend widerlegt, übrigens auch in Ansehung der durch Rescript legitimirten, sowie plene oder minus plene adoptirten Kinder verneinend entscheidet. [Walter a. a. O. §. 247. sagt: „Aus dem Standpunkt des gemeinen Rechts ist kein Grund vorhanden, die Einkindschaft eines unehelichen Kindes für unwirksam zu halten; nur darf dadurch

das Kind aus dem Nachlaß seines leiblichen Parens nicht mehr erhalten, als das Gesetz erlaubt." Mittermaier deut. Privatr. §. 370. dagegen verneint jene Einkindschaft.]

Zu 2) Zunächst den Inhalt des darüber nothwendig zu errichtenden Vertrags, übrigens Statuten und Observanzen;*) Eichhorn Einleitung in das deutsche Privatr. §. 348., Mittermaier deut. Privatr. §. 321. Einschränkende Auslegung ist vorzüglich hierbei nothwendig, wie bei jeder Abweichung vom gemeinen Recht, besonders aber bei dieser, welche um deswillen nicht zu begünstigen ist, weil sie fast nie voraussehen läßt, welche vortheilhafte oder sehr nachtheilige Folgen daraus für die Kinder entstehen können, Leyser Vol. I. Sp. 20. Med. 7., Müller Promtuar. jur. Vol. VII. pag. 659. und in manchen Fällen sogar das Notherbenrecht dadurch ohne mögliche Abhülfe beeinträchtigt seyn kann; s. Glück Thl. XXXVIII. S. 100.

Zu 3) Ein ausdrücklicher zwischen den unirenden Eltern und den Kindern erster Ehe nebst deren Vormündern zu schließender Vertrag, hiernächst dessen obrigkeitliche Bestätigung, welcher eine mit Zuziehung der Vormünder und nächsten Verwandten vorzunehmende cognitio causae vorangehen muß, durch welche ausgemittelt wird, ob die Rechte der Kinder durch die beabsichtigte Veränderung ihres Verhältnisses nicht beeinträchtigt werden, oder wie bei vorhandener Ungleichheit des Vermögens die Absicht der Gleichstellung der Vor- und Nachkinder unschädlich und den allenfalls den Ersteren schon erworbenen Rechten unnachtheilig zu machen sey. — Da jedoch diese cognitio causae einzig das Interesse der Kinder zum Zweck hat, so wird wohl nicht ohne Grund behauptet, daß eine Mangelhaftigkeit derselben in Form oder Wesen nur den Kindern, aber nicht den Eltern zum Anfechtungsgrunde dienen könne; Müller Promtuar. jur. Vol. VII. pag. 656. no. 11., v. Gerber System §. 262., Walter a. a. O. §. 247.

In mehreren Particularrechten ist ausdrücklich vorgeschrieben, daß der Einkindschaftsvertrag vor Eingehung der zweiten Ehe errichtet

---

*) Man kann nämlich dem Institut wohl nur particularrechtliche Bedeutung einräumen, s. v. d. Pfordten in den Bl. f. Rechtsanwendung Bd. IV. S. 225. rc., Gengler deutsch. Privatr. II. S. 878. m. a. W. es kann nur da gelten, wo es durch Statut oder Gewohnheit in Uebung besteht und nicht durch Laudesgesetze ausgeschlossen ist, wie in Oesterreich, theilweise auch in Bayern; s. Cod. Max. civ. P. I. C. 5. 12. In der Adoptionslehre eine Analogie zu suchen, ist gewiß verwerflich. [Vergl. auch die neuesten Abhandlungen von Beseler Erbverträge III. S. 150–192. u. Hillebrand in d. Zeitschr. f. deutsch. R. X S. 420 426]

seyn müsse, wo aber dies der Fall nicht ist, da kann nach allgemeinen Grundsätzen wohl kein Zweifel obwalten, daß dies auch während der Ehe geschehen könne, indem die obrigkeitliche cognitio causae jedes Bedenken entfernen wird; s. v. d. Pfordten a. a. O. S. 302.

Zu 3 a) Es sind dabei folgende Fälle zu unterscheiden:

I. Wenn die Vorkinder eines jeden Theils seine leiblichen Kinder sind, und zwar

1) alle aus einer Ehe, so kann wohl die Einkindschaft auch in einer dritten oder vierten Ehe unbedenklich stattfinden. Denn sind die Vorkinder aus der nächstvorhergehenden Ehe geboren, so läßt sich gar kein Grund denken, warum die frühere kinderlose Ehe im Wege stehen sollte; sind aber die Vorkinder aus der ersten Ehe, so sind sie in die zweite kinderlose Ehe entweder eingekindschaftet gewesen oder nicht; im ersten Fall erscheinen sie rechtlich als Kinder dieser Ehe; im zweiten Fall aber sind sie zwar regelmäßig abgetheilte, allein bekanntlich können selbst solche mit Aufhebung der Abtheilung wieder in die Gemeinschaft aufgenommen und daher auch eingekindschaftet werden.

2) Wenn dagegen die Vorkinder desselben Theiles aus verschiedenen Ehen geboren sind, so sind entweder

a) die ersteehelichen Kinder in die zweite Ehe eingekindschaftet worden. In diesem Falle ist die Einkindschaft aller, sowohl der erst- als zweitehelichen Kinder in die dritte Ehe zulässig, weil sie rechtlich als Kinder einer und zwar der nächstvorhergehenden Ehe gelten. Doch läßt sich nicht verkennen, daß die Gefahr, welche an sich in jeder Einkindschaft liegt, in diesem Fall sehr gesteigert wird und eine um so vorsichtigere Prüfung fordert. Deshalb schreibt auch das Bamberger Landrecht, welches regelmäßig gerichtliche Mitwirkung zur Einkindschaftung fordert, für diesen Fall, wenn die Kinder noch minderjährig oder sonst des Ihrigen noch nicht mächtig sind, bei Strafe der Nichtigkeit genaue obrigkeitliche Untersuchung und Protokollirung vor, und läßt die Kinder überdies die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen etwaiger Verletzung fordern.

b) Wenn die ersteehelichen Kinder in die zweite Ehe nicht eingekindschaftet waren, so können die zweitehelichen Kinder jedenfalls in die dritte Ehe eingekindschaftet werden, weil für sie die Eltern erst zur zweiten Ehe schreiten. Die ersteehelichen Kinder müssen hier regelmäßig abgetheilt seyn, und

es wird daher eine Einkindschaftung derselben nicht leicht verlangt werden; sie muß aber, wie in dem oben sub 1. erwähnten Falle der kinderlos gebliebenen zweiten Ehe durch Aufhebung der geschehenen Abtheilung als möglich anerkannt werden.

Mehrere Landrechte und Statuten gestatten solche Einkindschaftung ausdrücklich, andere übergehen die Frage darüber mit Stillschweigen.

II. Der zweite Hauptfall ist der, wenn die Vorkinder nicht leibliche, sondern selbst nur eingekindschaftete Kinder des zur weitern Ehe schreitenden Theiles sind. Hier entsteht die Frage, ob die Stiefeltern ihre rechtgemachten Kinder zum zweitenmale einkindschaften dürfen, wobei es denn offenbar gleichgiltig ist, ob dieser stiefelterliche Theil für sich zur zweiten oder dritten Ehe schreiten will. Die juristische Consequenz scheint die unbedingte Bejahung jener Frage zu fordern, weil die Stiefeltern durch die Einkindschaft die Rechte der leiblichen Eltern erlangt haben. Allein abgesehen davon, daß dieses Princip in den meisten Particularrechten nicht in allen Beziehungen durchgeführt ist, muß eine solche weitere Einkindschaft durch die Stiefeltern deshalb als höchst bedenklich erscheinen, weil sie zu dem gewiß ganz unnatürlichen Resultate führt, daß Kinder als aus einer Ehe erzeugt rechtlich betrachtet werden, in welcher weder Vater noch Mutter ihre natürlichen sind, daher auch die meisten Particularrechte die Einkindschaftung durch Stiefeltern verbieten; s. v. d. Pfordten a. a. O. S. 297. ꝛc. und die dort angeführten Statuten.

Zu 4) In den persönlichen Beziehungen bewirkt die Einkindschaft Paternität und Filiation im deutschrechtlichen Sinn: s. Stryck de successione ab intestato D. VIII. Cap VI. no. III., in Beziehung auf Vermögen aber ein Zusammenschmelzen desselben mit gleichem Erbrecht der unirten Kinder am Vermögen der Eltern, und gewöhnlich auch der Eltern am Vermögen der in Einkindschaft gebrachten Kinder.*) Die Verschmelzung des Vermögens trifft übrigens nur das von den Eltern herrührende, nicht aber anderweit erlangtes Vermögen der Kin-

*) Gemeinrechtlich läßt sich Letzteres wohl nicht leicht vertheidigen; s. Glück Thl. VI. S. 569. Thl. XXXVIII. S. 100. Allein, wie schon bemerkt, können hier nur die Particularrechte der Entscheidung zur Grundlage dienen und diese sprechen meistens für das gegenseitige Erbrecht, wie Glück Thl. XXXIII. a. a. O., Kühl im Rechtslex. Bd. III. S. 672. not. 18. und Schelhaß Beitr. zur deutsch. Gesetzeskunde H. I. S. 117. bezeugen. So auch das Preuß. Landr. Thl. II. Tit. II. §. 734.

der. Unio prolium non nisi paternam et maternam hereditatem includit, minime vero ad bona liberorum aliunde quaesita extendenda est. Müller Promptuar. jur. Vol. VII. pag. 655. no. 20. Walter a. a. O., §. 245. a. E. Die Union bewirkt keine weitern Cognationsverhältnisse. Neque inter parentes et liberos unitos cummunicantur jura cognationis et familiae cuivis propria; Hofacker Princ. jur. civ. T. I. §. 610.

Ueber die Frage, ob unirende Eltern hinterher noch testiren und dadurch diesem oder jenem Kinde das, was es aus der Einkindschaft zu erwarten hatte, wieder entziehen oder schmälern, auch dasselbe aus gerechten Ursachen enterben können, sind die Meinungen getheilt. Diejenigen, welche solches bejahen, stützen sich darauf, daß unirte Kinder nicht größere Rechte als die leiblichen Kinder erhalten können, sowie auf die Voraussetzung, daß in der Einkindschaft kein Erbvertrag liege, woraus dann von selbst folgt, daß unirte, ebenso wie leibliche Kinder enterbt werden können; s. Mittermaier Grunds. d. deutsch. Privatr. §. 301.; Pufendorf Obs. jur. univ. T. I. Obs. 200. §. 49. Bardili D. de unione prolium. Tubing. 1678., Reuter D. de jure testandi unientibus post initam unionem prolium competente §. 30. u. 31., Böhmer auserlesene Rechtsfälle Bd. I. Resp. 57. no. 8. — Wo dies nach Provincialrechten geschehen kann, sagt Glück dagegen Thl. VI. §. 543. S. 564., müßte es wie ein Widerruf der Einkindschaft wegen grober Undankbarkeit angesehen und behandelt werden. Die Kinder könnten durch eine solche Enterbung nichts an ihren in die Einkindschaft eingeworfenen Gütern verlieren, aber von dem Vermögen der Stiefeltern nichts erhalten. — Im Allgemeinen muß man, so lange nicht der Einkindschaftsvertrag aus rechtsbegründeten Ursachen auf legale Weise aufgehoben ist, mit den meisten Rechtslehrern statuiren, daß die unirten Kinder von den Eltern nicht enterbt, und eine Entziehung oder irgend eine Schmälerung — wenn auch dadurch der Pflichttheil nicht verletzt würde — keineswegs erleiden dürfen; s. Eichhorn a. a. O., Hofacker Princ. jur. civ. T. I. §. 613., Leyser Vol. I. Spec. 20. Med. 7., Runde Grundſ. des deutsch. Privatr. §. 676., Glück Thl. VI. §. 543. S. 56., Quistorp rechtl. Bemerk. Th. II. S. 267., Stryck Diss. cit. Cap. VI. no. III., Hommel Rhaps. Vol. III, Obs. 500., Ayrer Diss. de indole unionis prolium genuina. §. 17., Berger Oeconomia juris L. I. tit. 3. th. 14. no. 9., Gemeinnützige Beobachtungen und Rechtsfälle Thl. I. S. 197. §. 153. Auch nach preuß. Landrecht Thl. II. Tit. II. §. 747—749. können die Eltern nur über das vorbehaltene Vermögen willkürlich verfügen; Glück und Seuffert's Bl. f. Rechtsanw. Bd. VII. S 164. Um so mehr wird zu behaupten seyn,

daß, so lange das Unionsverhältniß auf eine rechtsbeständige Weise nicht wieder aufgehoben ist, die unirten Kinder auch nicht von den unirenden Stiefeltern enterbt werden können; s. Eichhorn a. a. O., §. 348., Mittermaier a. a. O., §. 370. no. X., Maurenbrecher deutsch. Privatr. §. 514. no. 1. a. u. not. V., Danz zu Runde Bd. VIII. S. 246. [Walter a. a. O., §. 248. sagt, den unirenden Eltern bleibe gegen beiderlei Kinder das Recht, sie aus den gesetzlichen Gründen zu exheredirеn, weil dieses Recht auf sittlichen Motiven des Familienbandes beruhe, welche durch Verträge nicht verändert werden können, und in welche auch die unirten Kinder stillschweigend eintreten. So sagt auch das preuß. Landr. II. 2. §. 749. — Ueber Veräußerung unter Lebenden bemerkt Walter, daß in ihr die unirenden Eltern nicht beschränkt seyen, da die Einkindschaft sich nur auf das beziehe, was die Eltern bei ihrem Tode hinterlassen werden; doch müsse aus Rücksicht darauf, daß die Kinder ihr wirkliches Vermögen eingeworfen haben, denselben das Recht zugestanden werden, bei etwa eintretender Verschwendungssucht der Eltern die Aufhebung der Einkindschaft zu beantragen. Derselben Ansicht sind Maurenbrecher Privatr. II. §. 515. i. u. Mittermaier Privatr. II. §. 371.]

Zu 5) Die Beantwortung dieser Frage wird nach vorstehenden Bemerkungen verneinend ausfallen müssen, insofern im Einkindschaftsvertrag hierüber nichts vorbehalten worden ist; denn jede solche Disposition wird unvermeidlich mit demjenigen collidiren, was auf Grund sorgfältiger cognitio causae unter obrigkeitlicher Bestätigung festgestellt worden ist. Indessen findet auch die bejahende Meinung ihre Vertheidiger; Bardili Diss. cit. §. 28., Tafinger Lehre v. d. Einkindschaft §. 35., s. Müller Promtuar. jur. Vol. VII. pag. 656. u. 657. no. 26. u. 28.

Zu 6) Ein Transmissionsverhältniß auf die Descendenten behauptet zwar Hofacker in Princ. jur. civ. T. I. §. 614., auch behauptet Danz zu Runde Bd. VIII. §. 576. t.: „Wenn in der Einkindschaft von Kindern die Rede ist, so sind auch liberi ulteriorum graduum darunter nach gemeinrechtlichen Bestimmungen verstanden; denn wir haben keinen Grund, diese gemeinrechtliche Regel von der Anwendung auszuschließen." Dagegen jedoch Bülow u. Hagemann pr. Erörterungen Bd. IV. S. 372., Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. §. 371. (323.) dieses dahin einschränken, daß durch den Tod aller unirten Kinder der Einkindschaftsvertrag aufgehoben werde.

Zu 7) Diese Frage wird wohl von Einigen bejaht; s. Müller

a. a. O. pag. 652. no. 4., allein diese Meinung läßt sich mit den oben no. 3. bemerkten rechtlichen Erfordernissen zur Errichtung einer Einkindschaft wohl nicht vereinigen; s. Leyser Vol. I. Sp. 20. Corr. 1.

Zu 8) Nein; es wären denn besondere Ursachen vorhanden. Der Stiefvater ist in Folge der Union wie ein leiblicher Vater zu behandeln; s. gemeinnützige Beobachtungen und Rechtsfälle Bd. I. S. 202.

Zu 9) Die gemeine Meinung ist die bejahende, sowohl unter den ältern Schriftstellern s. Stryck de succ. ab int. D. VIII. Cap. VI. §. 19., Hofacker Princ. jur. rom. germ. §. 612., Pufendorf Obs. T. I. no. 200. §. 28., als unter den neueren s. Eichhorn deutsch. Privatr. S. 847. not. m., Glück Thl. XXXVIII. S. 100. not. 19., Maurenbrecher Privatr. Bd. II. S. 666., Ringelmann über Einkindschaft S. 95., Danz zu Runde Bd. VIII. S. 232. gegen die eigene Meinung von Runde §. 616., welcher sich gegen die Gegenseitigkeit des Erbrechts erklärt, und Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. §. 370. (322.) S. 270. d. VI. Ausg., welcher für erforderlich hält, daß die darauf gerichtete Absicht bestimmt aus dem Vertrag hervorgehe, oder die Landesgesetze, welche hier so verschieden als die Meinungen der Rechtsgelehrten sind, die Gegenseitigkeit sanctioniren, was besonders nach dem preuß. Landr. Thl. I. Tit. II. §. 720. und 752. außer Zweifel liegt, und wofür auch viele in Weiske's Rechtslex. Bd. III. S. 672. angeführte andere Landrechte entscheiden. [Auch Gründler Polemik III. §. 497. und Bluntschli Privatr. §. 173. No. 3. behaupten das Erbrecht, wogegen mit Runde und Mittermaier v. Gerber System §. 262. Anm. 12., Beseler System II. §. 145. III. und Walter a. a. O., §. 248. es verneinen.]

Zu 10) Ist nach der gemeinen Meinung zu verneinen; s. Eichhorn a. a. O. S. 848. not. m. — Schott Diss. an liberi uniti mutua inter se successione utantur Lips. 1771. — Stryck Diss. cit. §. 30. nec cognatio nec affinitas ulla per unionem contrahitur; Rühl im Rechtslex. Bd. III. S. 672., Danz z. Runde Bd. VIII. S. 242., Mittermaier Privatr. II. §. 370. u. Walter a. a. O. — Hier und da wird zwischen vollkommener und unvollkommener Einkindschaft unterschieden, und in der ersteren auch das gegenseitige Erbrecht der unirten Geschwister begriffen, z. B. im Bamberger Landr. v. 1769. Thl. II. Cap. I. Tit. 3. §. 6., desgl. nach Würzburger Recht, s. Schelhaß a. a. O., Danz zu Runde Bd. VIII. S. 235. not. a.

Zu 11) Geendigt wird die Einkindschaft ohne Zweifel:

a) durch Uebereinkunft der Interessenten, wobei jeder Theil sein beigetragenes Vermögen zurückempfängt;

b) durch Ehescheidung, welche dieselbe Folge hat;

c) durch Richterspruch, in Folge einer erwiesenen Läsion oder verschwenderischen Mißbrauchs von Seite der unirenden Ehegatten; s. Eichhorn a. a. O., Stryck de success. ab intestato D. VIII. Cap. VI. §. 28. oder etwaige Restitution minderjähriger Vorkinder; [Zu c. Ueber die Anfechtung des Einkindschaftsvertrags wegen laesio enormis entschied das O.-A.-G. zu Jena: „Nur solche Geschäfte können mittels der Einrede der enormen Verletzung angefochten werden, welche schon zur Zeit ihrer Eingehung einen Maaßstab gewähren, um das Vorhandenseyn einer solchen Verletzung bestimmen zu können. Glück Thl. XVII. S. 85. Mühlenbruch Lehrb. d. Pand. II. §. 406. Dies ist nun hier nicht der Fall, wo außer dem gegenwärtigen auch zukünftiges Vermögen, die künftige Errungenschaft, eingekindschaftet worden ist." Seuffert's Archiv, XIII. No. 148.]

d) durch den Tod beider Eltern, oder, wenn nur Eines von ihnen gestorben ist, durch Wiederverehelichung des Ueberlebenden; s. Rühl in Weiske's Rechtslex. a. a. O. S. 673.

Daß die Einkindschaft auch dadurch aufgehoben werde, daß in der zweiten Ehe keine Kinder erfolgt oder die sämmtlichen unirten Kinder gestorben sind, wie Runde im deutsch. Privatr. §. 677., Hofacker in Princ. jur. civ. P. I. §. 614. und Hagemann in den pr. Erörter. Bd. IV. S. 377. lehren, ist nicht schlechthin anzunehmen. Für das Fortbestehen des Instituts spricht dessen Zweck und die Rücksicht auf die Vorkinder, welche doch ihren Stiefvater beerben können. Als stillschweigende Bedingung des Einkindschaftsvertrags kann nicht angenommen werden, daß Kinder aus der zweiten Ehe erfolgen; Maurenbrecher Privatr. S. 668., Mittermaier Privatr. §. 371. (§. 323.) Ein Erk. des O.-A.-G. in München s. Seuffert's Archiv Bd. II. No. 66. hat sich darüber folgendermaßen ausgesprochen: „Wenn gleich diesfalls ein hauptsächlicher Zweck der Einkindschaft wegfällt, so kann man doch, wenn dieser Zweck nicht zur ausdrücklichen Bedingung gemacht ist, auch das Geschäft nicht als bedingt ansehen. Als stillschweigende Bedingung und als alleinigen Zweck kann man den Erfolg zweitehelicher Kinder um so weniger ansehen, als die Einkindschaft nicht blos zum Besten dieser, sondern auch zum Besten der Vorkinder, dann der Eltern selbst, welche im Besitz des ungetheilten Vermögens, selbst des verstorbenen parens verbleiben, eingeführt ist, dieser Zweck aber fortbesteht, es mögen Nachkinder kommen oder nicht." Aehnlich Seuffert's Archiv V. No. 190., VII. No. 188.,

XIII. No. 108. Danz Handb. des deutsch. Privatr. §. 676., Pufendorf Obs. 200. §. 20., Hertel über Einkindschaft §. 27., Walter a. a. O. §. 249.

Kapitel IV.

Vormundschaftsrecht. *)

Inst. I. 13—15. 17—26. — Dig. XXVI. u. XXVII. Cod. V. 28—75. Cajus Comm. I. §. 142—200. — Ulpian tit. 11. — Cod. Theod. Lib. III. tit. 17—19. Die Literatur dieser Materie s. Glück Thl. XXVIII. S. 435., welcher noch beizufügen ist: Rudorff das Recht der Vormundschaft aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten, 3 Bände (1832—1834.), Bethmann-Hollweg im Rhein. Museum Bd. VI. no. 7., Oberländer über die Curatel des weiblichen Geschlechts beim hohen Adel im Archiv für die civilist. Praxis Bd. II. S. 206., v. Löhr im Magazin Bd. III., Puchta im Rhein. Museum Bd. II. S. 383., Kraut die Vormundschaft nach den Grundſ. des deutsch. Rechts. 3 Bde. (1835. 1847. 1859.), Rive Geschichte der deutschen Vormundschaft. Bd. I. (1861.), Heimbach in Weiske's Rechtslex. XIII. S. 327—964.

§. 74.

1. Begriff und Wesen der Tutel und Curatel, petitio tutoris, forum, Entstehungsarten.

1) Worin besteht nach R. R. das Wesentliche im Begriff der Tutel und Curatel? Wodurch unterschieden sich ehedem diese beiden Functionen? und welche Beschaffenheit hat es jetzt damit?

2) Welche Personen sind zur petitio tutoris gesetzlich verpflichtet?

3) In welchen Fällen wird die Strafe der Unterlassung aufgehoben?

*) Die Beibehaltung der gewöhnlichen Stellung dieser Lehre im Personenrecht wird gegen die in Puchta's Pandecten §. 331. u. 332. gewählte Verpflanzung in das Obligationenrecht nicht nur dadurch, daß sie den Institutionen des Gajus und Justinians gemäß ist, sondern auch durch die Erörterungen in Sintenis Civilrecht §. 130. not. 2. u. §. 144. gerechtfertigt.

4) Was ist für ein Unterschied zwischen tutor gerens und honorarius?
5) Was versteht man unter protutor und tutor falsus, und ist dieser Unterschied h. z. T. noch praktisch?
6) Welchem Gericht steht das Amt der Obervormundschaft zu, insbesondere wenn die Güter des Curanden in verschiedenen Territorien liegen?
7) Kann der Vater durch Testament einer anderen als der sonst competenten Behörde die Obervormundschaft deferiren?
8) Auf welcherlei Art kann Jemandem eine Tutel oder Curatel deferirt werden?
9) Welche Personen sind zur Ernennung eines testamentarischen Vormunds berechtigt?
10) Ist zur rechtlichen Wirksamkeit einer testamentarischen Vormundschaft die Ernennung durch feierliches Testament oder durch ein bestätigtes Codicill nöthig, oder kann sie auch durch eine unfeierliche dispositio patris inter liberos giltig deferirt werden?
11) Kann der Vater auch einem von ihm enterbten Sohn einen Vormund durch Testament bestimmen?
12) Ist auch eine testamentarisch vom Vater, wissend, daß der von ihm ernannte Vormund Gläubiger oder Schuldner des Mündels sey, verfügte Vormundschaftsbestellung ungiltig?
13) Wenn sich im Gerichtsbezirk kein tauglicher Vormund findet, was hat dann die Obercuratel zu thun?

Zu 1) Das Wesentliche der Tutel besteht in einer Ergänzung der ganzen juristischen Persönlichkeit; ein Tutor wurde daher solchen Subjecten von Amtswegen gegeben, welche keine vollkommene Persönlichkeit haben. Seine Function war eine auctoritatis interpositio, wodurch der natürlichen Handlung des Pupillen der Charakter einer juristischen ertheilt wurde. Die Curatel war auf Schutzbedürftigkeit berechnet, welche nicht nur durch Jugend, sondern auch durch Zustände anderer Art hervorgerufen, zuweilen auch nur durch besonderes Verlangen bewirkt werden konnte. Die Function des Curators bestand in Ertheilung seines consensus zu den Handlungen des Pflegbefohlenen. Einen Tutor erhielten nach Justinianischem Recht impuberes (früher auch mündige Frauenzimmer), einen Curator aber — besondere Fälle ausgenommen, in welchen auch dem Unmündigen ein

Curator nöthig seyn konnte, l. 13. D. 26. 1. — l. 11. l. 15. D. 26. 5. — l. 10. §. 7. D. 27. 1. — §. 5. J. 1. 23. — §. ult. J. 1. 21. — Nov. 72. c. 2. — nur puberes minores und (praevia tamen causae cognitione) furiosi, prodigi und andere Personen*), bei welchen das Bedürfniß eintrat, auf besonderes Gesuch; l. 12. pr. §. 2. D. 26. 5. — l. 2. l. 6. C. 5. 70. — §. 4. J. 1. 23. — Puchta Pand. §. 333. — Bei den Römern war die Bestellung eines Curators für den pubes minor eigentlich nur in besonderen Fällen nöthig, wenn derselbe Proceß führen, insbesondere den Tutor zur Rechnungsablage anhalten und von Schuldnern Zahlung annehmen wollte; §. 2. J. 1. 23. — l. 7. §. 2. D. 4. 4. — l. 1. l. 7. C. 5. 31.

Dem Tutor wie dem Curator lag die Führung der Geschäfte und Verwaltung des Vermögens ob. Gleichwie damals schon gesagt werden konnte: „in paucissimis distant curatores a tutoribus," so sind in der neueren Verfassung vollends beide Aemter ganz in Eines zusammengefallen. Diese Behauptung hat zwar in den krit. Jahrb. für deutsche Wissenschaft v. J. 1844. S. 150. Anfechtung erlitten, allein die deutschen Reichsgesetze erkennen doch zwischen Pupillentutel und cura minorum nur einen Namensunterschied an; s. Reichspolizeiordn. v. 1548. Tit. 31. §. 1. u. v. 1577. vergl. Sintenis Civilr. Bd. III. §. 144., Heimbach im Rechtslex. Bd. III. S. 217., Dollmann in Seuffert u. Glück's Bl. f. Rechtsanw. Bd. XIV. S. 97.

Die Behauptung Einiger, daß das Rechtsverhältniß des Vormunds zu seinem Mündel, so lange dieser noch nicht den Termin der römischen Pubertät erreicht habe, nach den Grundsätzen von der Tutel, und von da an bis zur Volljährigkeit des Mündels nach den Grundsätzen von der curatio zu beurtheilen sey, s. Glück Thl. XXX. S. 59. u. 69., Rudorff Recht der Vormundschaft Bd. I. S. 114. Bd. II. S. 291., Puchta Pand. §. 334. wird von Andern, insbesondere von Kraut Vormundschaft Bd. II. §. 51. und den dort angeführten

*) Z. B. wenn die Fürsorge in Ansehung des pec. adventit. reg. nothwendig wurde; l. 8. §. 1. C. 6. 61. — Nov. 117. c. 1. §. 1., v. Wening-Ingenheim Lehrb. d. gem. Civilrechts Thl. III. §. 404. (113.) — die cura bei Gelegenheit der bon. poss. ex Edicto Carboniano, welche in der Sorge für das, dem Unmündigen, welchem die Kindschaft bestritten ist, eventuell gehörende Vermögen besteht, die cura ventris, welche eintritt, um dem embryo das Vermögen zu sichern, wenn die Ehefrau bei dem Tode ihres Mannes schwanger war; l. 1. §. 17—24. D. 37. 9. — l. 20. pr. D. 26. 5. — l. 8. D. 27. 10. — l. 48. D. 26. 7. — Hierher gehört auch die cura bonorum bei Concursmassen, cura hered. jacent. bonorum absentis.

Schriftstellern als genugsam widerlegt betrachtet werden können, um mit Grund zu behaupten: da in allen die Vormundschaft betreffenden Beziehungen*) hinsichtlich der Handlungsfähigkeit in Deutschland kein Unterschied zwischen einem minor und einem impubes besteht, so folgt daraus auch, daß der Unterschied zwischen einem tutor und curator, da er mit jenem wesentlich zusammenhängt, hier nicht vorkommen kann. Heimbach im Rechtslexikon XIII. S. 403. — Der deutsche Vormund steht während der ganzen Dauer der Vormundschaft dem römischen curator völlig gleich. Unsere Juristen sind von jeher der Meinung gewesen, daß die auctoritas des Vormunds in Deutschland nicht wie bei den Römern nothwendig beim Abschluß des Geschäfts selbst ertheilt zu werden brauche, sondern daß sie auch abwesend und hinterher ertheilt werden könne, also mit anderen Worten, daß zwischen der Ertheilung der auctoritas und des bloßen consensus bei uns der Form nach kein Unterschied sey; Kraut a. a. O. §. 52. S. 114. Anders Puchta Pand. §. 334.

So muß auch der Grundsatz des R. R., daß, wer über Jemanden die Tutel geführt hat, sich von der Führung der cura über dieselbe Person excusiren könne, h. z. T. nach der obwohl bestrittenen, aber gewiß richtigeren und consequenteren Meinung der angesehensten neueren Rechtsgelehrten für unanwendbar erachtet werden, vielmehr die einmal angenommene Vormundschaft bis zu ihrem gesetzlichen Ende fortbestehen; s. Kraut a. a. O. Bd. II. S. 163., Glück Thl. XXX. S. 75., Eichhorn deutsch. Privatr. §. 319. not. d. — Rudorff Recht der Vormundschaft Bd. I. S. 116., Gründler Polemik des Germ. R. Th. III. §. 604. — Nicht minder verschwindet fast ganz der Unterschied, welchen das römische Recht in Beziehung auf die Vormundschaft der Mutter macht, indem bei ihr überall nur von der Tutel und nicht von der Curatel die Rede ist, in den deutschen Rechten da, wo allgemeine Gütergemeinschaft gilt, von selbst; s. Glück Thl. XXIX. S. 58., aber auch übrigens insofern das Verhältniß der Mutter vielmehr als Fortsetzung des elterlichen Verhältnisses erscheint, daher besondere Landesgesetze ihr nur die Erbittung eines Mitvormunds zur Pflicht machen.

Zu 2) Die künftigen Intestaterben des Pupillen, l. 2. §. 23. ꝛc.

---

*) Die römische pubertas kommt zwar h. z. T. noch so weit in Betracht, als mit ihr die Fähigkeit eintritt, ein Testament zu machen, eine Ehe einzugehen und den Grundsätzen des canonischen Rechts gemäß auch einen Eid zu leisten. Dies hat aber alles mit der Vormundschaft nichts zu thun, sondern ist eine besondere Wirkung der Pubertät an sich.

D. 38. 17. — l. 2. §. 1. D. 25. 6. — l. 10. C. 6. 58. — sind, wenn nicht anders schon eine tutela legit. gegeben ist, bei Strafe des Ausschlusses von der Intestaterbschaft des Pupillen, wenn er, ohne die Fähigkeit zu testiren erlangt zu haben, gestorben ist, und bei Strafe der Unfähigkeit, ihn durch Pupillarsubstitution zu beerben, verpflichtet, in Jahresfrist das Gesuch zu stellen; l. 2. §. 23. und 42. D. 38. 17. — l. 2. §. 1. u. 2. D. 26. 6. — l. 3. u. 10. C. 6. 58. Vergl. Heimbach im Rechtslexikon XIII. S. 732 ff.

Die Meinung Einiger, daß die römischen Strafen wegen unterlassener petitio tutoris h. z. T. nicht mehr Anwendung finden, weil die Reichspolizeiordnung die Vormundschaftsbestellung zur Obliegenheit der Behörde mache, ist von den meisten Rechtsgelehrten deswegen verworfen, weil ja auch im römischen Recht unter gewissen Umständen die Obrigkeiten von Amtswegen zur Bestellung von Vormündern verpflichtet waren, s. Glück Thl. XXX. S. 93., aber dennoch die Pflicht, Vormünder zu erbitten, allgemein vorgeschrieben war; s. Glück Thl. XXIX. S. 139. 2c. §. 1327., Kraut Vormundschaft Bd. I. S. 279., Sintenis Civilr. II. §. 147. Anm. 96.

Daß die Mutter von der Erbfolge ihrer Kinder, wenn diese in der Unmündigkeit gestorben sind, auszuschließen sey, falls sie in der vorgeschriebenen Jahresfrist keinen Vormund für dieselben erbeten hätte, ist durch das Novellenrecht nicht, wie einige Rechtslehrer glauben, aufgehoben; s. Glück a. a. O. §. 1326.

Zu 3) Sie wird erlassen:

a) bei unverschuldeten Hindernissen;
b) wenn schon ein Vormund gegeben worden ist; l. 8. C. 5. 31. — l. 2. §. 27. D. 38. 17.
c) wenn der Unmündige während dieser Zeit ohne Vermögen war; l. 2. §. 26. 45. u. 46. D. 38. 17.
d) wenn er nach erlangter Fähigkeit zu testiren gestorben ist; l. 3. C. 6. 56. — Die Mutter bleibt, wenn sie noch minderjährig ist, straffrei; l. 2. C. 2. 35.

Zu 4) Der Unterschied besteht darin, daß Ersterer die Geschäfte zu führen, Letzterer zu respiciren hat, quasi observator et custos, daher nur excusso priore belangt werden kann; l. 3. §. 1. u. 2. D. 26. 7., v. Löhr im Archiv für civilistische Praxis Bd. XI. S. 1.

Darüber, ob auch der tutor honorarius der obervormundschaftlichen Bestätigung bedürfe, sind die Meinungen getheilt. — Bejahend entscheidet Leyser Sp. 329. Corol. 2., Glück Thl. XXIX. S. 310., Kraut Vormundschaft Bd. I. S. 240.

Zu 5) Wer, in der Meinung eines Berufes dazu, sich der vormundschaftlichen Verwaltung unterzieht, qui pro tutore et animo tutoris gerit, heißt protutor, und hat mit dem eigentlichen Tutor nur gleiche Haftung, l. 4. D. 27. 5. — Zimmern im Archiv Bd. I. S. 252. Die scheinbar sogar culpam in abstracto statuirende l. 55. §. 3. D. 47. 2. ist nur von dem zu verstehen, welcher wissentlich rebus alienis se offert, mithin mala fide handelt, dem Mündel muß übrigens gleicherweise, wie gegen den Tutor, auch gegen den Protutor ein gesetzliches Pfandrecht in dessen Vermögen zugestanden werden; s. Gensler im Archiv f. d. civilist. Prax. I. S. 399.

Zu 6) In der Regel ist das forum domicilii des Curanden oder seines verstorbenen Vaters über alles Vermögen des Ersteren, ohne Unterschied der Gerichtsbezirke und Territorien, competent; §. 17. J. 1. 25. — l. 21. §. 2. D. 27. 1. — l. 5. §. 12. D. 27. 9. — Indessen können auch mehrere obervormundschaftliche Behörden mit einander concurriren:

a) wenn die Güter in einem auswärtigen Gebiete liegen und es dort die Landesverfassung mit sich bringt, daß eine inländische Vormundschaft bestellt werden muß; conf. l. 27. pr. D. 26. 5. —
b) wenn der ernannte Vormund die Verwaltung der zu weit entlegenen Güter ablehnt, welchenfalls das Gericht, unter welchem das Gut liegt, einen besonderen Vormund bestellen und eine eigene Obervormundschaft ausüben muß; l. 10. §. 4. l. 19. l. 21. §. 2. D. 27. 1. — l. 2. C. 5. 62.

Auch wird durch Veränderung des Wohnorts des Pfleglings das ursprüngliche forum nicht verändert, wenn nicht besondere Gründe hinzutreten; Erkenntn. d. O.-A.-Ger. zu München in Seuffert's Archiv Bd. VI. S. 63. vergl. Preuß. Landr. Thl. II. Tit. 18. §. 85. u. 90.

Zu 7) Nein; weil dieses ein Gegenstand des öffentlichen Rechts ist, worüber Privaten keine Disposition zusteht; l. 5. §. 7. D. 26. 7. — Ein anderes ist die Ausschließung der tutela legitima, weil nach den Gesetzen dem Vater die freie Ernennung eines Vormunds offen steht, und providentia legis nur da eintritt, wo providentia hominis mangelt oder nicht hinreicht.

Zu 8) Entweder durch eine testamentliche*) Anordnung (tutela

*) Die testamentliche Ernennung eines Vormunds kann auch auf eine bestimmte Zeit und unter Bedingung geschehen, l. 8. §. 2. D. 26. 2. Von der doctrinellen Eintheilung der cura test. perfecta u. imperfecta s. de Buchholtz de confirm. tut. p. 34., Glück Thl. XXIX. S. 257., Rudorff V.-R. Bd. I. S. 334.

testamentaria), außerdem dadurch, daß die Gesetze sie gewissen Personen zur Pflicht machen, tutela legitima, oder, wo Eines oder das Andere eintritt, durch obrigkeitliche Ernennung, tutela dativa. Diese tritt zwar nicht ein, wenn die Delation eine schon anfänglich unfähige oder in der Folge unfähig gewordene Person betroffen hat, denn dann rückt die Delation an den folgenden legitimus vor, l. 6. pr. D. 26. 4. — l. 73. pr. D. 50. 17. — wohl aber, wenn der tutor legitimus vel testamentarius, welchem die Tutel deferirt war, wegen einer excusatio necessaria oder voluntaria ausfällt. — l. 17. D. 26. 1. — l. 10. §. 7. D. 27. 1. — l. 9. §. 1. D. 27. 3. — l. 11. §. 1. D. 26. 2 *) — Die cura wurde vorhin weder durch Gesetz noch Testament deferirt; l. 1. §. 3. l. 6. l. 11. D. 26. 3.

Eine tutela pactitia kennt das R. R. nicht, verbietet sie auch nicht; Thibaut (im System §. 400. d. 8. Ausg. und §. 795. d. 9. Ausg.) glaubt gleichwohl ihre Zulässigkeit aus dem Grund verneinen zu müssen, weil ein solcher Vertrag auch das Kind obligiren soll, ein Dritter aber durch Verträge, an denen er nicht selbst Theil genommen hat, nicht obligirt werden könne. Dagegen ist aber zu erinnern, daß dies nur von obligatorischen Verträgen gelte, aus einem Vertrag, worin eine Vormundschaft angeordnet ist, wird aber das Kind eben so wenig als durch die testamentarische Anordnung vertragsweise obligirt, sondern vermöge des väterlichen Rechts, seinem Kinde einen Vormund zu ernennen, welches der Vater in der Form eines Vertrags eben so gut, als in der eines Testaments, ausüben kann; Mittermaier Privatr. Bd. II. §. 418. (368.) hält zwar dafür, daß eine vertragsmäßige Vormundschaft sich als gemeinrechtlich anerkannt nicht nachweisen lasse; allein nicht nur erkennen mehrere deutsche Landesgesetze, s. Kraut a. a. O. Bd. I. S. 272., die vertragsmäßige Vormundsbestellung ausdrücklich an, sondern man kann sie bei dem Zeugniß der überwiegenden Zahl der Schriftsteller, s. Kraut a. a. O. S. 271. not. 13. und Glück Thl. XXIX. S. 170. not. 5., auch wohl überhaupt in gemeinen deutschen Rechten und Gewohnheiten begründet erkennen. Darüber, daß die vertragsmäßige Vormundschaft der gesetzlichen und Dativ-Curatel vorgehe, ist man einverstanden

---

*) Oder wenn der Berufene temporär unfähig ist; dann tritt er aber gleichwohl wieder an die Stelle, wenn der Grund der Unfähigkeit gehoben ist. Specialvormünder werden bei größerem Umfang und größerer Entfernung der Güter ernannt, und der Hauptvormund steht dann zu jenen im Verhältniß eines Ehrenvormunds; Sintenis Civilr. Bd. III. §. 147. S. 205. der 2. Aufl.

zweifelhaft ist es, ob sie auch der testamentarischen alsdann vorgehe, wenn der Vertrag früher errichtet ist, als das Testament; Kraut a. a. O. hält es für eine quaestio facti, ob die Absicht des Vertrags dahin gegangen sey, dem Vormund ein eigentliches Recht einzuräumen, oder nur sich seiner Annahme der Vormundschaft zu versichern. Das Letztere wird wohl meistens der Fall seyn, daher mehrere Rechtsgelehrte der Meinung sind, daß der vertragsmäßige Vormund kein unwiderrufliches Recht erhalte, s. Rudorff Recht der Vormundschaft Bd. I. S. 337., Mittermaier a. a. O., Glück a. a. O. S. 172., Heimbach im Rechtslexikon XIII. S. 701 ff.

Zu 9) Streng genommen nur der Vater oder väterliche Großvater, welcher das Kind in der väterlichen Gewalt hatte; l. 73. §. 1. D. 50. 17. — Dies Recht steht ihm auch über Kinder, welche er enterbt hat, zu; l. 4. l. 26. §. 2. D. 26. 2. — und gilt auch für postumos, §. 3. u. 4. J. 1. 13. — §. 5. J. 1. 14. — l. 1. §. 1. u. 2. D. 26. 2. — und wenn er den Vormund nur über einen unmündigen Sohn ernannt, aber mehre unmündige Kinder hinterlassen hat, so wird seine Anordnung auf diese erstreckt; l. 16. pr. D. 26. 2. — Der vom Vater auf die bemerkte Weise ernannte Vormund bedurfte keiner Bestätigung des Gerichts.

Zu 10) Das letzte ist zweifelhaft; Walch Controv. jur. civ. p. 91. verneint es aus kaum zulänglichen Gründen,

1) weil in einer solchen Disposition keine persona extranea aufgenommen werden könne;

2) weil nach l. 2. C. 5. 29. ein Tutor nicht durch ein testamentum imperfectum gegeben werden könne, allein

zu 1) man kann die persona nicht im Vormund, sondern nur im Curanden suchen, auf welchen die Bestimmung gerichtet, und zu dessen Besten sie gegeben ist;

zu 2) ein testamentum parentum inter liberos ist kein testamentum imperfectum; denn sonst wäre ja die Ersetzung durch das Privilegium ein leeres Nichts. — Mit mehr Grund scheint daher die Frage bejaht werden zu müssen; s. v. Bülow und Hagemann pr. Erörterungen Bd. II. S. 302., Lauterbach L. 27. Tit. 2. §. 7. p. 594. Uebrigens scheint die alte Unterscheidung, welche man bei der testamentarischen Curatel zwischen tutor recte datus und non recte datus oder tutela testamentaria perfecta und imperfecta zu machen hatte, nicht mehr praktisch, sowie auch die Frage: ob durch das SCtum Libonianum die testamentarische Ernennung ungiltig werde, wenn diese vom ernannten Vormund selbst geschrieben ist; l. 29. D. 26. 2. — denn h. z. T.

beruht Alles auf der obrigkeitlichen Bestätigung unt es ist ja wohl möglich, daß diese in einem solchen Fall häufig kein wesentliches Bedenken gegen sich hat.

Zu 11) Von der älteren Meinung Einiger, daß er dies nicht könne, ist nun wohl allgemein abgegangen worden, bezüglich l. 1. D. 26. 2. — §. 3. J. 1. 13. – l. 4. l. 26. §. 2. l. 31. D. 26. 2. — Walch Controv. jur civ. p. 89. In Ansehung der Mutter aber ist zu bemerken, daß sie nach l. 4. D. 26. 2. und l. 4. C. 5. 28. dem Sohn nur dann, wenn sie ihn zum Erben einsetzt, einen tutor testamentarius geben kann.

Zu 12) Die Praxis hat sich nach Anleitung der älteren Schriftsteller für die verneinende Beantwortung gebildet; s. Walch Controv. jur. civ. pag. 90., Schilter Exerc. 37. §. 87. — Neuerlich ist dieselbe aber vorzüglich angefochten worden von Seuffert im Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. XII. S. 303., welcher für seine Meinung auch bedeutende Autoritäten anführt, wie Donellus, Mevius, Lauterbach, Berger. Das Oberapp.-Ger. der vier freien Städte hat sich in einem Erkenntniß vom 26. Novbr. 1827. für die ältere Meinung ausgesprochen; s. Archiv a. a. O. S. 306., vorzüglich deswegen, weil in so vielen Gesetzen die Ansicht ausgedrückt ist, daß der Vater am besten wisse, was dem Wohl seiner Kinder entspreche. Indessen scheint für Seuffert's Meinung dieses zu überwiegen, daß die Vorschrift der Nov. 72. c. 1. und Nov. 94. in entschiedener Allgemeinheit spricht, und daß nach der R.-P.-O. v. J. 1577. Tit. 32. §. 2. auch der tutor testamentarius von der obrigkeitlichen Bestätigung abhängig ist. Hiernach möchte es nicht genügen können, daß dem Vater das Hinderniß nicht unbekannt war, es muß vielmehr auch der Obervormundschaft angezeigt werden, um sich keiner Subreption schuldig zu machen; hat dann der Magistrat bei erlangter Kenntniß vom Schuldverhältniß den Vormund bestätigt, so bleibt die Annahme der Vormundschaft von Seite eines solchen Vormunds demselben unschädlich. Wenn Walch a. a. O. S. 96. so weit geht, zu behaupten, daß schon die Notorietät des Schuldverhältnisses genüge, so verneinen dies andere Rechtsgelehrte wohl mit mehr Grund.

Zu 13) Sie muß sich mit Vorschlägen an das Obergericht wenden, um aus der Nachbarschaft Jemand zu wählen, l. 24. D. 26. 5. — l. 1. §. 10. D. 27. 8. — Schweppe a. a. O. Bd. IV. §. 737. — welcher dann auch freiwillig sich derjenigen Obervormundschaft unterwerfen kann, welcher er der Jurisdiction nach nicht untergeordnet ist.

§. 75.

2. Berechtigung zum vormundschaftlichen Amt und Gründe zur Ausschließung von demselben.

1) Welche Verwandte sind berechtigt, zum Amt der Vormundschaft admittirt zu werden?
2) Kann der Mutter durch das Testament des Vaters die nach deutschen Rechten natürliche Vormundschaft über ihre Kinder entzogen werden?
3) Welche Zustände und Verhältnisse schließen von der rechtlichen Fähigkeit zur Uebernahme einer Vormundschaft aus? und
4) welche besondere Hindernisse berechtigen die Obrigkeit zur Non admissio?
5) Kann auch der Stiefvater zur Vormundschaft gelassen werden?
6) Verliert die uneheliche Mutter die Vormundschaft durch erlittene weitere Schwängerung?

Zu 1) Der Vater und väterliche Großvater, nächst ihm aber die leibliche Mutter und Großmutter, mit dem Vorzug vor allen Seitenverwandten, jedoch muß dieselbe auf das SCtum Vellej. und omne auxilium verzichten, ihr gesammtes Vermögen verpfänden und angeloben, zu keiner weitern Ehe zu schreiten; Nov. 94. c. 1. u. 2., Heimbach im Rechtslexikon XIII. S. 650 ff. — Doch ist letzteres eigentlich überflüssig, weil die zur zweiten Ehe schreitende Wittwe nach Nov. 94. c. 2. nur verbunden ist, die Vormundschaft bei Vermeidung der gesetzlichen Strafen abzugeben.

Daß die Mutter nach röm. Recht durch Wiederverehelichung das Recht der Vormundschaft über ihre ersteehelichen Kinder verlieren soll, ist aber auch überhaupt in Deutschland nicht gemeines Recht geworden, vielmehr hängt es meistens eben so, wie nach der sächsischen Vorm.-Ordn. Kap. VI. §. 11. vom obrigkeitlichen Ermessen ab, ob der Mutter noch in der zweiten Ehe die Fortführung der Vormundschaft zu gestatten sey; s. Glück Thl. XXXII. S. 159., Mittermaier deutsch. Privatr. §. 422. (372.), Kraut a. a. O. Bd. II. S. 128. — Daß selbst eine minderjährige Mutter Vormünderin ihrer Kinder werden könne, behauptet Danz Handbuch des deutsch. Privatr. Bd. VII. S. 146., v. Lynker v. der Vormundschaftsbestellung §. 18. S. 49. mit dem Beisatz, daß der Richter höchstens nach Befinden der Umstände befugt sey, einen Mitvormund, vorzüglich soviel die Ver-

mögensverwaltung betrifft, zuzuordnen. Man muß aber vielmehr mit Emmerich in Linde's Zeitschrift Bd. III. S. 211. der minderjährigen Mutter die Fähigkeit zur Vormundschaft absprechen, weil sie, indem sie sich gegen alle ihre Handlungen restituiren lassen kann, den Pflegling in großen Nachtheil bringen könnte. Dabei ist nicht zu vergessen, daß ja die Mutter nach römischen Gesetzen gar nicht zur Curatel, sondern nur zur Tutel berechtigt ist, und da h. z. T. jene von dieser nicht mehr getrennt ist, so pflegt ihr immer schon vom Anfang her ein männlicher Vormund beigeordnet zu werden. Unter den Abscendenten entscheidet die Nähe des Grades, dergestalt, daß (was von Glück Thl. XXIX. S. 59. ohne zulänglichen Grund bestritten ist), wenn kein testamentarischer Vormund ernannt ist, auf Verlangen die Mutter dem Großvater vorgeht; s. Emmerich a. a. O. S. 207., Sintenis Civilr. Bd. III. §. 146. S. 186. der 2. Aufl. Die Personen, welche zu Vormündern ernannt werden, müssen übrigens der Gerichtsbarkeit desjenigen Gerichts, von welchem sie berufen werden, unterworfen seyn.

Zu 2) Aus der Novelle 118. c. 5. kann die Entziehung wohl nicht, wie Eisenhart in Hagemann's und Günther's Archiv Bd. II. S. 214. annimmt, gefolgert werden. Da das Recht, einen Vormund zu bestellen, beim Vater und väterlichen Abscendenten nicht als ein Ausfluß der väterlichen Gewalt betrachtet werden kann, sondern auf der Vermuthung beruht, daß ihnen das Wohl der Kinder am meisten am Herzen liege, so stehen sich in dieser Beziehung Vater und Mutter ganz gleich; s. Kraut a. a. O. S. 261. Es ist daher wohl anzunehmen, daß der Mutter ohne besondere Gründe die Tutel vom Vater nicht entzogen werden kann, und wenn der Vater auch einen testamentarischen Vormund ernannte, es nur von der Erwägung der Vormundschaftsbehörde abhange, wem sie den Vorzug geben, oder ob sie der Mutter den testamentarischen Vormund an die Seite setzen will; s. Mittermaier a. a. O. §. 418. (368.) Ueber die verschiedenen Meinungen s. Glück Thl. XXIX. S. 56. Unter diesen ist diejenige besonders zu bemerken, nach welcher der Mutter zwar nicht das Erziehungsrecht, wohl aber das Verwaltungsrecht vom Vater entzogen werden könne, ausgenommen, wenn sie mit ihm in allgemeiner Gütergemeinschaft gelebt hatte; s. Danz Handbuch Bd. VII. S. 144., Eisenhart a. a. O. S. 210.

Zu 3) Unfähig, Vormünder zu werden, sind:

a) Frauenspersonen — mit Ausnahme der Mutter und Großmutter — wie vorhin schon bemerkt ist; Nov. 94. c. 2. Nov. 118. c. 5.

b) Bischöfe und Mönche, Nov. 123. c. 5. Anderen Geistlichen ist nur die gesetzliche Vormundschaft über Verwandte zu führen gestattet, und bei den Protestanten werden alle Geistlichen, wenn sie wollen, zur Vormundschaft gelassen; Stryck Us. Mod. Lib. 27. Tit. I. §. 5., Thibaut System §. 395. (Ed. 8.).

c) Soldaten im wirklichen Dienst, §. 14. J. 1. 25. — l. 8. D. 27. 1. — l. 4. C. 5. 34. — ausgenommen wenn ihnen die Vormundschaft durch das Testament eines Mitsoldaten aufgetragen wird; l. 23. §. 1. D. 27. 1.

d) Solche Personen, welche selbst unter Vormundschaft stehen; daher Minderjährige, l. 5. C. 5. 30. — §. 13. J. 1. 25. Wenn aber ein Minderjähriger durch Testament zum Vormund bestellt ist, wird, so lange bis er das gesetzliche Alter erreicht hat, um die Vormundschaft übernehmen zu können, ein interimistischer Vormund bestellt; §. 2. J. 1. 14.

Zu 4) Nicht für absolut unfähig erklärt, aber doch wegen besonderer Verhinderungsgründe der obrigkeitlichen non admissio unterworfen sind:

a) Geisteskranke und Verschwender, l. 17. D. 26. 1. — l. 5. C. 5. 30. — Heimbach im Rechtslexikon XIII. S. 353.

b) Blinde, l. 3. C. 5. 34. — Stumme und Taube l. 1. §. 2. u. 3. l. 17. D. 26. 1.

c) Wer durch Verbot des Vaters oder der Mutter des Mündels von der Vormundschaft ausgeschlossen worden ist; l. 21. §. 2. D. 26. 5. — l. un. C. si contra matr. vol. 5. 47.

d) Wer mit den Eltern des Mündels in unversöhnlicher Feindschaft gelebt hat; l. 3. §. 12. D. 26. 10. — l. 6. §. 17. D. 27. 1. — ist aber der Vormund im Testament erst nach entstandener Feindschaft ernannt worden, so soll er sich nur dann excusiren dürfen, wenn er beweisen kann, daß der Testator es aus Chikane gethan hat, um ihm eine Last aufzubürden; §. 9. J. 1. 25. — l. 6. §. 17. D. 27. 1. — Gleiches muß wohl auch angenommen werden, wenn der Vormund ein Feind des Mündels ist; arg. §. 12. J. 1. 26. — l. 3. §. 12. D. 26. 10. — l. 6. §. 17. u. 18. D. 27. 1. — Thibaut System §. 394. (Ed. 8.), Schweppe a. a. O. Bd. IV. §. 733. — Püttmann Advers. jur. L. 1. §. 1.

e) Wer sich zur Vormundschaft drängt, l. 21. §. 6. D. 26. 5., ingleichen wer die in einem Testament enthaltene Ernennung zum Vormund selbst geschrieben, ohne daß der Testator noch-

mals seinen Willen eigenhändig erklärt hat; l. 29. D. 26. 2., de Buchholtz de confirm. tut. pag. 40.

f) Gläubiger und offenbare Schuldner des Mündels und zwar im weitesten Sinn des Worts, jede Art von Ansprüchen umfassend; Seuffert im Archiv f. d. civil. Praxis Bd. XII. S. 301., mit Ausnahme jedoch der Mutter und Großmutter, Nov. 72. c. 1. Nov. 94. c. 1. Das Hinderniß eines solchen Schuldverhältnisses kann übrigens dadurch beseitigt werden, daß dem Curanden ein curator quoad hunc actum beigegeben wird; Höpfner Inst. Comm. §. 245. not. 4. Wird die Forderung verheimlicht, so verliert der Vormund als Gläubiger, wo nicht seine Forderung überhaupt, wie Einige lehren, s. Albrecht's Rechtsf. Bd. III. S. 1. — doch wenigstens das Klagrecht daraus, s. v. Vangerow Bd. I. §. 270. S. 579. der 6. Aufl., Weber nat. Verb. §. 94.*) Als Schuldner aber kann er sich durch Zahlungen oder andere Mittel, welche er während der Vormundschaft listig angewendet hat, von der Schuld nicht befreien; Nov. 72. c. 4. u. 5. Erwirbt er während der Vormundschaft durch Cession eine Forderung an den Curanden, so ist die Cession nichtig und er hat keinen Regreß an den Cedenten. Die heutige Anwendbarkeit dieser Lehre kann wenigstens mit Grund nicht bezweifelt werden; s. Thibaut System §. 394., (Ed. 8.) A. M. ist Walch op. Tom. I. §. 6.

g) Der Ehemann kann nicht Vormund seiner Frau,**) der Bräutigam nicht Vormund der Braut, der Schwiegervater nicht Vormund seiner Schwiegertochter werden; l. 2. C. 5. 34. — l. 1. §. 5. D. 27. 1. — Schweppe a. a. O. Bd. IV. §. 743. — Thibaut a. a. O. §. 394. — auch nicht der Stiefvater Vormund seiner Stieftochter, zwar wohl nach R. R., aber nicht nach einer entschiedenen Praxis, s. Glück a. a. O. S. 123., Rudorff a. a. O. S. 42.

h) Jeder zur satisdatio verpflichtete Vormund, welcher keinen Bürgen stellen kann, soll zwar nach l. 2. C. 5. 42. nicht Vormund werden können, die Praxis hat dies aber längst dahin modificirt,

*) Die Civilstrafbestimmung in Nov. 72. hielt 1840. das O.-A.-Ger. Cassel zwar für in Deutschland recipirt; es legte aber dem Mündel den Beweis auf, daß der Vormund geflissentlich die Existenz der Schuld verschwiegen habe; Strippelmann Entsch. Bd. II. S. 50.

**) Was jedoch nach deutschrechtlicher Gewohnheit wegzufallen scheint; s. Heimbach im Rechtslex. Bd. III. S. 199.

daß ein solcher Vormund das Stammvermögen des Pupillen dem Depositorium pupillare übergeben muß;

i) zwar nicht nach den Gesetzen, aber nach der Praxis, können auch Juden nicht als Vormünder über Christen zugelassen werden, insofern Juden nicht öffentliche Aemter bekleiden dürfen; l. 19. pr. C. 1. 9. — Schweppe a. a. O. §. 730. — Thibaut a. a. O. §. 394. — Lauterbach Coll. th. pr. Pand. l. 26. Tit. I. §. 23.

k) Wer mit dem zu Bevormundenden in einen Prozeß über sein oder dessen gesammtes Vermögen oder dessen größten Theil verwickelt ist, muß sich die non admissio eben so wohl gefallen lassen, als er sich auch selbst excusiren könnte; l. 20. D. de excus., Sintenis Civilr. Bd. III. S. 192. der 2. Aufl.

l) Wer mit dem Fiscus in obligatorischen Verhältnissen steht; l. 8. §. 1. D. 50. 5. — l. 5. C. 5. 41.

Zu 5) Nach römischem R. allerdings; l. 32. §. 1. D. 1. 7. — — l. ult. C. 5. 58. — Glück Thl. XXV. S. 120. — Cujac. Obs. Lib. 6. Obs. 29. — Walch Controv. jur. civ. §. 95. — Mevius P. VIII. Dec. 330. — Während aber Doctrin und Praxis in Deutschland hiervon abweichen, läßt sich wenigstens mit Glück Thl. XXV. S. 123. u. Rudorff Vorm.-R. Bd. II. S. 42. annehmen, daß die Zulassung des Stiefvaters dem richterlichen Ermessen anheimzugeben sey.

Zu 6) Dies ist keine gesetzlich begründete Folge, kann mithin nur durch Verheirathung an einen Andern, als ihren Schwängerer bewirkt werden; s. Elvers in d. allg. jurist. Zeitung v. J. 1828. no. 104. S. 415.

---

§. 76.

3. Verpflichtung zum Amt der Vormundschaft und Entschuldigungsgründe dagegen.

1) Welche Personen sind durch das Gesetz verpflichtet, Vormünder zu werden?

2) Da nur von Seite der Mutter und Großmutter die Uebernahme der Vormundschaft ganz freiwillig ist, dagegen jeder Andere zu derselben als einem munus publicum im Mangel giltiger Excusationsgründe von Rechtswegen angehalten werden kann, so fragt sich, was dann die Folge ungerechter Weigerung ist?

3) Verliert der im Testament ernannte Vormund das ihm bestimmte Legat, wenn er sich gegen die Vormundschaft excusirt?
4) Welche Verhältnisse werden in den Gesetzen als giltige Excusationsgründe gegen eine deferirte Vormundschaft anerkannt?
5) Welche Excusationsgründe befreien auch dann noch, wenn die Vormundschaft bereits ohne Entschuldigung angenommen worden ist?
6) Wenn mehrere unvollständige Excusationsgründe zusammentreffen, können sie dann durch ihre Vereinigung die Befreiung von der Vormundschaft bewirken?
7) Kommen die rechtlichen Excusationsgründe auch denjenigen zu Statten, welche durch die Gesetze zur Vormundschaft verpflichtet sind?
8) In welchen Fällen kann auch ein an sich giltiger Excusationsgrund seine Wirksamkeit verlieren?
9) Bedarf auch die Mutter und Großmutter besonderer Entschuldigungsgründe zur Ablehnung der Curatel?
10) Welcher Termin zur Anbringung der Excusationsgründe ist gesetzlich vorgesteckt?

Zu 1) Die Intestaterben des Pupillen ohne Unterschied zwischen Agnaten und Cognaten. Sollte der nächste Erbe absolut und für immer unfähig seyn, so tritt der dem Grade nach folgende ein; l. 3. §. 9. D. 26. 4. — Gleich nahe Verwandte haben gemeinschaftliche Verbindlichkeit; Nov. 118. c. 5. — Daß die leibliche Mutter und Großmutter den Vorzug vor allen Seitenverwandten hat, ist schon oben bemerkt; Nov. 94. c. 1. Nov. 118. c. 5. — sie ist aber nicht verpflichtet, die Vormundschaft zu übernehmen. Obgleich übrigens tutor legitimus die Vormundschaft übernehmen muß, wenn sie ihm übertragen wird, so ist die Obrigkeit doch nicht in allen Fällen gebunden, sie ihm zu übertragen; l. 10. §. 7. D. 27. 1. — Schweppe a. a. O. Bd. IV. §. 734. — §. 1. u. 2. J. 1. 20. — l. 10. l. 11. pr. §. 1. u. 2. D. 26. 2. — l. 1. §. 2. l. 3. §. 8. u. 9. l. 4. D. 26. 4. — l. 3. §. 12. D. 26. 10. Heimbach im Rechtslexikon XIII. S. 797 ff.

Ueber Waisenhauskinder sind immer die Vorsteher der Anstalt die gesetzlichen Vormünder, daß sie aber nach l. 32. C. 1. 3. u. Nov. 131. c. 15. zu keiner Caution und Rechnungsablage verbunden seyn sollen, stimmt nicht mit der heutigen Verfassung des Vormundschaftswesens überein.

Zu 2) Der Weigernde muß alle Gefahr tragen, wie wenn er eingewilligt hätte, Vormund zu seyn; l. 1. §. 1. D. 26. 7. — l. 2. C. 5. 43. — und wenn die nach l. 3. C. eod. und l. 9. D. 50. 4. anzuwendenden Zwangsmittel nicht fruchten, so wird er als unwürdig abgesetzt; l. 7. §. 3. D. 26. 10. — l. 2. l. 3. C. 5. 43. — und ladet die römische Infamie auf sich; §. 6. J. 1. 26. — l. ult. C. 5. 43.

Zu 3) Nicht immer, sondern nur, wenn es als remuneratorisches Legat bezeichnet ist; l. 28. §. 1. l. 32. D. 27. 1. — Walch Controv. jur. civ. pag. 101.

Zu 4) Zuvörderst kommen hier diejenigen Gründe in Betracht, welche die Obervormundschaft schon von Amtswegen berücksichtigen müßte und im vorigen §. zu Fr. 3. u. 4. angeführt sind.

Außer diesen Gründen ermächtigen zur Ablehnung einer Vormundschaft:

1) eine, wenn gleich nicht unfähig machende, doch die Geschäftsführung erschwerende und hindernde Krankheit und Gebrechlichkeit, nach ärztlicher Untersuchung und richterlicher Beurtheilung;
2) das Alter von 70 Jahren zur Zeit der Berufung, — denn zur Niederlegung der bereits geführten Vormundschaft berechtigt der Eintritt in dieses Alter nicht; s. Fr. Vat. §. 238., Sintenis Civilr. Bd. III. §. 148. not. 30.
3) Armuth in dem Sinne der l. 40. §. 1. D. 27. 1. paupertas, quae operi et oneri tutelae impar est.
4) Unkunde des Lesens und Schreibens, obwohl nicht unbedingt, da z. B. die Vormundschaft über ganz arme Kinder kaum damit zu thun haben wird; s. v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 271. Anm. 1. No. 13., Sintenis a. a. O. §. 148. S. 214. der 2. Aufl.
5) Eine Anzahl von (nicht eben) 5 oder mehreren lebenden (oder vor dem Feind gebliebenen) noch unversorgten leiblichen und ehelichen Kindern, wenn nach dem, bei der schwierigen Anwendung der römischen Vorschriften (pr. J. 1. 25. — l. 2. §. 2—8. D. 27. 1. in Betreff der Zahl 5., welche von Manchen als allgemeine Norm angenommen wird, s. Bülow u. Hagemann pr. Erörter. Bd. III. no. 3.) zweckmäßiger eintretenden, richterlichen Ermessen neben einer solchen Anzahl von Kindern die Uebernahme einer Vormundschaft eine hinderliche Bürde würde; vergl. Glück Thl. XXXI. S. 196. 221., Puchta Pand. §. 341. no. 9., Höpfner Instit. Comm. §. 240., Sintenis

a. a. O. §. 148. not. 35. Mehrere Sohneskinder werden für Einen Kopf gerechnet; l. 2. §. 7. D. 27. 1.

6) Wenn Jemand bereits drei Vormundschaften führt, vorausgesetzt, daß eine bedeutende Verwaltung mit der zu übernehmenden Vormundschaft verbunden ist, und daß nicht das Ende einer derselben schon binnen ½ Jahr bevorsteht; tutelae nondum coeptae werden so wenig gerechnet, als finitae, und auch nicht solche, welche man ungeachtet einer zuständigen Excusation angenommen hat; l. 2. §. ult. l. 3. 5. 6. pr. l. 15. §. 15. u. 16. l. 31. D. 27. 1. Ueberhaupt ist hierüber dem richterlichen Ermessen freier Raum gegeben; l. 31. §. 4. D. 27. 1.

7) Wenn ein Theil des zu verwaltenden Vermögens unter andern Gerichtsbarkeiten gelegen ist; l. 21. §. 2. D. 27. 1., worüber gleichfalls richterliches Ermessen entscheidet, inwiefern Bestellung von Specialvormündern nöthig wird; Sintenis a. a. O. S. 217. not. 47—53.

8) Wer sich in einer öffentlichen amtlichen Stellung befindet, kann darauf einen Excusationsgrund stützen, namentlich Staats- und Communalbeamte als mittelbare Staatsdiener; §. 2. 3. J. 1. 25. Heimbach a. a. O. S. 200., ausgenommen wenn die Magistratur erst nach Uebernahme der Vormundschaft angetreten wird; l. 17. §. 5. D. 27. 1. Geistliche,*) öffentlich angestellte Lehrer und Aerzte; s. Glück Thl. XXXI. S. 239. 295. 338., Rudorff a. a. O. Bd. II. S. 103. 117. Militärpersonen s. Glück a. a. O.

9) Wer nachweisen kann, daß er vom Testator aus Feindschaft und um ihm eine Last aufzubürden zur Vormundschaft berufen worden sey;

10) Wer als Vormund in die Nothwendigkeit versetzt würde, gegen nahe Angehörige Proceß zu führen;

11) Abwesenheit in Staatsangelegenheiten berechtigt zur Ablehnung der Vormundschaften, zu welchen die Abwesenden während derselben berufen worden, oder auch nachher binnen einer den Umständen nach zu bemessenden Frist; Sintenis a. a. O. S. 220. not. 61.

---

*) Bischöfe und Mönche haben sogar einen nothwendigen Excusationsgrund, andere Geistliche nur einen freiwilligen, wenn sie zu einer Vormundschaft berufen werden, zu deren Uebernahme sie nicht durch Cognation verpflichtet sind; Nov. 123. c. 5., Heimbach a. a. O. Bd. III. S. 199.

Zu 5) Zur Niederlegung einer bereits übernommenen und geführten Vormundschaft berechtigen:

a) Krankheit und Gebrechlichkeit von demselben Grade, wie sie von Anfang an berechtigen würden, dieselbe abzulehnen, entweder einstweilen oder immerwährend;

b) ebenso Verarmung;

c) Veränderung des Wohnorts, wenn der Vormund den bisherigen mit landesherrlicher Erlaubniß verläßt und zugleich die Erlaubniß zur Niederlegung der Vormundschaft erhält; s. Heimbach im Rechtslex. a. a. O. S. 202., Rudorff V.-R. Thl. II. S. 76. gegen Marezoll im civilist. Archiv Bd. VIII. S. 266.

d) Die Nothwendigkeit, in Staatsangelegenheiten über Meer verreisen zu müssen, außerdem ist nur ein Zwischenvormund zu bestellen; l. 10. §. 2. D. 27. 1. l. 15. 16. D. de tut. dat. (26. 5.).

e) Der Eintritt in ein solches Staatsamt, neben welchem die Verwaltung einer Vormundschaft für unverträglich zu erachten ist; l. 11. §. 2. D. 4. 4.

Zu 6) Ein Zusammentreffen mehrerer unvollständiger Excusationsgründe kann durch ihre Vereinigung nicht die Befreiung von der Vormundschaft bewirken; l. 15. §. 11. D. 27. 1. — l. 1. §. 3. D. 50. 5. — l. un. C. 5. 69.

Zu 7) Cujac. in opp. T. I. pag. 1053. verneint dieses wegen l. 13. D. 27. 1. und §. 16. J. 1. 25. — allein richtiger werden die Gesetze l. 1. l. 4. C. 5. 30. — l. 9. C. 5. 34. — von jeder Art von Vormündern verstanden; conf. l. 2. §. 5. D. 27. 1. — was nun auch die R.-P.-O. v. J. 1548. Tit. XXXI. §. 1. außer Zweifel setzt und von den Neuern allgemein anerkannt ist; Glück Thl. XXXI. S. 181.

Zu 8) Dies kann der Fall seyn:

a) wenn der Berufene dem Vater das Versprechen zur Uebernahme der Tutel gegeben hat; §. 9. J. 1. 25. — l. 15. §. 1. D. 27. 1. — insbesondere

b) wenn der Vormund selbst das Testament geschrieben hat, in welchem er zum Vormund ernannt ist; l. 29. D. 26. 2. — l. 18. §. 1. D. 48. 10.

c) Wenn er das ihm im Testament dafür ausgesetzte Legat angenommen hat; l. 5. §. 2. D. 34. 9. — vergl. z. Fr. 3.

d) Wenn er, ohne sich zu excusiren, die Vormundschaft bereits angetreten hat; l. 2. C. 5. 63.

Zu 9) Nein; es steht in ihrem freien Willen, die Curatel abzulehnen; Nov. 94. c. 1. — Nov. 118. c. 5.

Zu 10) Man kann aus den römischen Vorschriften §. 16. J. 1. 25. — l. 38. D. 27. 1. — l. 13. §. 1. u. 2. eod. wohl nur so viel abstrahiren, daß die Anbringung der Excusationsgründe ungesäumt geschehen müsse; s. Glück a. a. O. S. 86. ꝛc., Rudorff a. a. O. S. 187., Sintenis a. a. O. Bd. III. §. 148. S. 222. der 2. Aufl. Gewöhnlich wird das Gericht bei der Berufung eines Vormunds demselben zugleich einen Termin zur Vorbringung etwaiger Excusationsgründe bei Verlust derselben präfigiren.

---

§. 77.

4. Obliegenheiten und Haftung des Vormunds, seiner Erben und der Obervormundschaft.

1) Mit welchem Zeitpunkt beginnen und endigen die Pflichten und Haftungen der Vormünder?
2) Wer hat den vor ihrer Bestätigung und Verpflichtung entstandenen Schaden zu tragen?
3) Ist der Vormund in Ansehung dessen, was zur Erhaltung des Vermögens vornehmlich zu thun ist, an die Vorschriften des väterlichen Testaments gebunden oder entschuldigt, wenn diese zweckwidrig und schädlich sind?
4) Ist der Vormund auch verbunden, ein Gewerbe oder sonstiges Nahrungsgeschäft für den Pupillen fortzuführen?
5) Auf welche Art soll der Vormund die Gelder des Curanden vorzugsweise fructificirlich machen?
6) Inwieweit muß er selbst die Zinsen von nicht angelegten Geldern desselben vergüten?
7) Hängt es blos vom Vormund ab, den Ort und die Art der Erziehung des Mündels, sowie die Größe des Aufwands zu bestimmen?
8) Sind dem Vormund auch Ausgaben gestattet, welche blos auf Liberalität beruhen?
9) Wem hat er vorzugsweise die Erziehung zu überlassen?
10) Darf der Vormund bewegliche Sachen des Mündels ohne obrigkeitliches Alienationsdecret veräußern?
11) In welchen Fällen ist nach den Gesetzen eine vom Vormund

ohne obrigkeitliches Decretum de alienando vorgenommene Veräußerung des Pupillenguts aufrecht zu halten?

12) In welchen Fällen und durch welche Einreden kann sich der Käufer gegen die Anfechtung einer ungiltigen Veräußerung schützen?

13) Ist die Subhastation die allein rechtsbeständige Verkaufsart des Pupillenguts?

14) Steht es im Fall einer ungiltigen Veräußerung dem Mündel frei, die Veräußerung entweder anzufechten oder sich Schadens halber an den Vormund zu halten?

15) Ist der Consens des Curators zur Heirath des Pflegbefohlenen erforderlich?

16) Welcher Grad der Haftung liegt rücksichtlich der anvertrauten Verwaltung dem Vormund ob?

17) Welcher den Erben des Vormunds? und

18) Was liegt ihnen ob, wenn der Vormund im Lauf der vormundschaftlichen Verwaltung stirbt?

19) Wie verhält sich die vormundschaftliche Haftung, wenn mehrere Vormünder über einen Curanden bestellt sind?

20) Wenn ein Vormund gegen die Handlung, welche der Mitvormund vorzunehmen im Begriff steht, protestirt, was ist die Folge?

21) Welche Haftung liegt der Obervormundschaft ob, und welche Klage ist deshalb den Curanden gegeben?

22) Wenn die Obervormundschaftsbehörde in einem Collegium besteht, haften dann alle Glieder in solidum?

23) Kann der Vater durch Testament einer anderen als der sonst competenten Behörde die Obervormundschaft deferiren?

24) Was für eine Strafe trifft den Vormund, welcher die Errichtung eines Inventars unterläßt?

25) Kann der Vormund schon wegen geringer Versehen removirt werden?

26) Kann das Inventar auch außergerichtlich errichtet werden?

27) Kann der Testator, welcher einen Minderjährigen zum Erben einsetzt, die Errichtung eines Inventars auf giltige Weise verbieten?

28) Inwieweit haftet der Vormund für verloren gegangene Capitalien?

29) Was und von wem ist in solchem Fall zu beweisen?

30) Kann der Vormund durch Testament des Erblassers von der Rechnungsablage giltig befreit werden?

31) Geht das gesetzliche Pfandrecht der Pflegbefohlenen am Vermögen des Vormunds auch auf die Erben des Ersteren über?

Zu 1) Die Verantwortlichkeit des Vormunds kann zwar in vollem Umfange erst mit deren Uebernahme eintreten, doch hat er auch in Beziehung auf diese gewisse Verpflichtungen, indem es dem Berufenen obliegt, seine Bestallung bei der Obervormundschaftsbehörde auszuwirken, und er für desfallsige Verzögerung und Vernachlässigung einsteht, deren er sich schuldig macht, wenn er nicht sogleich, nachdem ihm seine Berufung bekannt geworden ist*), die nöthigen Schritte thut, um die Verwaltung übertragen zu erhalten (periculum cessationis.) Handlungen eines Vorgängers im Amt hat er nicht zu vertreten; tutor vel curator nomina, quae juste putat non esse idonea, a priore tutore suscipere quidem cogitur, non tamen exactionem periculo suo facere; l. 35. D. 26. 7.

Das Ende der Verantwortlichkeit tritt zwar regelmäßig mit dem Ende der vormundschaftlichen Verwaltung in Folge der Rechnungsablage und Auslieferung alles desjenigen, was zum Vermögen des Bevormundeten gehört, ein, jedoch kann sie alsdann noch fortdauern, wenn der Vormund bereits angefangene Geschäfte über diesen Zeitpunkt hinaus noch weiter fortgeführt und wesentlich damit zusammenhängende Angelegenheiten besorgt hat; l. 37. §. 1. D. 26. 7.

Zu 2) Zunächst sind wohl diejenigen verantwortlich, welche zur petitio tutoris verpflichtet und dieserhalb in mora waren, oder die Obrigkeit nicht von der Dringendheit der Sache in Kenntniß setzten; aber auch die Obrigkeit kann durch Säumniß verantwortlich werden, nachdem das frühere Recht, nach welchem sie nicht unaufgefordert zu handeln brauchte, durch die R.-P.-O. v. 1577. Tit. 32. §. 1. dahin abgeändert worden ist, daß sie ex officio handeln muß.

Der sich Excusirende ist für allen Schaden der Zwischenzeit ver-

---

*) Hierzu genügt bei der testamentarischen Berufung irgend welche Benachrichtigung nach Eröffnung des Testaments und geschehenem Erbantritt, l. 5. §. ult. D. 26. 7., bei der gesetzlichen Berufung die sichere Kunde von dem vorauszusetzenden Todesfall, verbunden mit der Kenntniß, daß man der nächste Verwandte sey; l. 6. D. 26. 4. Bei der obrigkeitlichen Berufung ist die amtliche Benachrichtigung erforderlich; Schweppe röm. Privatr. Bd. IV. §. 735.

antwortlich, wenn sein Excusationsgrund unstatthaft befunden wird; l. 39. §. 6. D. 26. 7. — l. 15. C. 5. 62.

Zu 3) Amt und Pflicht des Vormunds besteht unabhängig von väterlichen Vorschriften nach l. 5. §. 8. u. 9. D. 26. 7. — l. 2. §. 3. D. 27. 2. Es kann daher diesen keine juristische Wirkung beigelegt werden; Sintenis Civilr. Bd. III. §. 149. not. 11. Eine Anfrage bei der Obervormundschaft wird übrigens in solchen Fällen immerhin räthlich erscheinen; Schweppe röm. Privatr. Bd. IV. §. 759.

Zu 4) Nein; er kann dasselbe, wenn er es fortzusetzen nicht für gut findet, verkaufen und rentirend auf Grundstücke oder Hypothekcapitalien anlegen, l. 47. §. 6. D. 26. 7. — oder auch einen Geschäftsführer unter seiner Aufsicht bestellen. Neue Unternehmungen solcher Art dürfen aber auf Rechnung des Mündels nicht gemacht werden; l. 47. §. 6. D. 26. 7.

Zu 5) Hauptsächlich durch Ankauf von unbeweglichen Gütern, wobei er auch nur für culpa lata haftet,*) l. 7. §. 2. D. 26. 7. — l. 24. C. 5. 37. — außerdem durch sichere Anlegung auf Zinsen. Die Sicherheit des Grundeigenthums tritt in den Gesetzen als das prägnante Motiv hervor, welchem die Größe des Ertrags nachsteht; l. 7. §. 3. D. 26. 7. — So gilt auch bei Veräußerungsdecreten selbst der gewisse Nutzen nicht als zulängliches Motiv; l. 12. C. 5. 71. — l. 5. §. 14. D. 27. 9. — Struben rechtl. Bedenken Thl. II. no. 104. — Rücksichtlich der Capitalanlegungen fordert wenigstens die Praxis Hypotheken und Bürgschaften, obwohl nach R. R., wie l. 50. D. 26. 7. beweist, im Allgemeinen nur diligentia quam in suis erfordert wird; Nov. 72. c. 6., Hommel Rhaps. Tom. III. no. 462., Schweppe röm. Privatr. Bd. IV. S. 333.

Zu 6) Gewiß geht Puchta Pand. §. 349. zu weit, wenn er mit Beziehung auf l. 7. §. 11. l. 15. D. 26. 7. lehrt, daß der Vormund von der Verbindlichkeit aus nicht verzinslich angelegten Geldern, wozu ihm von den bei Uebernahme der Vormundschaft empfangenen Geldern 6 Monate, und bei den während seiner Verwaltung eingegangenen Geldern 2 Monate Zeit gestattet wird, sich nur dadurch liberiren kann, daß er die Unmöglichkeit der sicheren Anlegung beweist. Es ist nämlich dagegen zu erinnern, daß, wie auch Glück Thl. XXX. S. 315. bemerkt hat, die Vorschriften des älteren R. R. durch die

---

*) Dieser im älteren R. R. begründete Unterschied scheint in Praxi nicht mehr beobachtet zu werden; Sintenis Civilr. Bd. III. §. 149. Anm. 35. a. E.

Nov. 72. c. 6—8. bedeutend modificirt sind. Geist und Zweck derselben geht zunächst und hauptsächlich auf Erhaltung des Vermögens und nur secundär auf dessen Vermehrung. Daher muß der Vormund, wenn er keine Gelegenheit findet, Geldüberschüsse durch Ankauf von Grundstücken in bleibende Werthe zu verwandeln, dieselben entweder verzinslich ausleihen oder deponiren. Nur wenn er auch Letzteres nicht thut, muß er die Gelder selbst verzinsen, denn eine Vermuthung, daß er Ersteres hätte thun können, ist nicht gegeben; Sintenis a. a. O. III. §. 149. Anm. 35. S. 229. der 2. Aufl. in Uebereinstimmung mit den Praktikern Leyser, Lauterbach und Berger. Daß er aber in dem Fall, wo er zur eigenen Verzinsung verbunden ist, auch zu Zinsen von Zinsen angehalten werden könne, scheint von Glück Thl. XXX. S. 349. ꝛc. genugsam widerlegt zu seyn, womit auch ein Erk. des O.=A.=G. in Dresden übereinstimmt; s. Wochenbl. f. Rechtsfälle 1841. S. 131.

Zu 7) Wenn Vorschriften des Vaters hierüber vorliegen, so sind diese zunächst zu befolgen, außerdem hat die Obrigkeit die Frage, wo die Kinder zu erziehen sind, im Zweifelsfall mit Zuziehung der nächsten Verwandten (praesentibus ceteris propinquis liberorum) zu entscheiden, l. 1. pr. §. 1. l. 5. D. 27. 2. — Schweppe a. a. O. Bd. IV. §. 749. — sowie auch die dem Stand, dem Vermögen und der künftigen Bestimmung des Mündels angemessensten Anordnungen der obervormundschaftlichen Genehmigung zu unterstellen sind; l. 1. §. 7—9. D. 27. 3. — Der Vormund soll aber auch nicht gegen seine bessere Ueberzeugung sich denselben unterwerfen, sondern deren Abänderung bewirken, l. 2. §. 1. 2. D. 27. 2. — Heimbach im Rechtslexikon XIII. S. 812. ff.

Zu 8) Eigentliche Geschenke darf er wohl nicht machen; selbst nicht unter dem Titel eines Vergleichs darf er eine Liberalität ausüben; l. 46. §. 7. D. 26. 7. — l. 22. D. 26. 7. — l. 12. D. 27. 10. — l. 1. §. 1. 2. 5. 8. D. 27. 3. — [Der Vormund ist dafür verantwortlich, auch wenn obervormundschaftliche Genehmigung ertheilt war: Seuffert's Archiv VIII. No. 61.]; herkömmliche Ehrenausgaben zu bestreiten, steht ihm allerdings zu; l. 12. §. 3. D. 26. 7. — — l. 1. §. 5. D. 27. 3. — sowie auch einer armen Mutter oder Schwester des Pupillen, während dieser selbst hinlängliches Auskommen hat, das Nöthige zum Lebensunterhalt zu reichen; l. 13. §. 2. D. 26. 7. — l. 1. §. 2. u. 4. D. 27. 3. — so auch der vollbürtigen Schwester des Mündels, wenn sie sonst nicht heirathen kann, eine dos zu constituiren; l. 12. §. 3. D. 26. 7.

Zu 9) In Ermangelung einer väterlichen Willensäußerung über die Art der Erziehung des Mündels hat der Vormund vor allen Andern der Mutter desselben die Erziehung anzuvertrauen, vorausgesetzt, daß sie überhaupt zur Besorgung derselben fähig sey. Nächst der Mutter hat er vorzugsweise den übrigen Verwandten des Mündels die Erziehung desselben zu übertragen, doch nicht Denen, welche auf die mögliche Erbschaft des Mündels Anspruch haben. Vergl. oben §. 75. Fr. 1., nach welcher Ordnung die Vormundschaft den Verwandten deferirt wird; Burchardi im Archiv f. civilist. Praxis Bd. VIII. S. 169. Daß dem Vormund selbst, wenn er gleich als nächster Verwandter des Pupillen durch die Aussicht auf dessen Erbschaft einem Verdacht unterliegen könnte (weshalb l. 2. C. 5. 49. Vorsicht beobachtet wissen will), falls Niemand vorhanden ist, der einen näheren Anspruch auf die Erziehung des Mündels hat, diese überlassen werden kann, ist in Deutschland wohl nie bezweifelt worden; s. Kraut a. a. O. II. S. 130.

Zu 10) Während nach den Vorschriften des röm. R. Veräußerung unbeweglicher Güter nur in Fällen der Nothwendigkeit gestattet ist, — wovon jedoch Particularrechte häufig abweichen, indem sie solche auch dann zulassen, wenn sie zum offenbaren Nutzen des Mündels gereichen, s. Kraut a. a. O. II. S. 145., welcher darin ein deutsches gemeines vom Röm. Recht abweichendes Gewohnheitsrecht erkennt — muß man jede willkürliche Veräußerung beweglicher Vermögensgegenstände, besonders werthvollerer, welche das SCt. sogar ausdrücklich in sich begreift, l. 22. C. 5. 37., wenn sie ohne obrigkeitliches Decret geschieht, um so mehr für unzulässig erkennen, als die R.-P.-O. v. 1577. Tit. 32. §. 3. indistinct verbietend ist, wogegen die abweichende Meinung etwelcher Praktiker nicht zu beachten ist. Selbst dann, wenn dem Pupillen etwas erworben wird, worauf der Tradent das Eigenthum oder ein Pfandrecht vorbehält, wird es als unerlaubte Veräußerung angesehen; l. 1. §. 4. l. 2. D. 27. 9. Vergl. Heimbach im Rechtslexikon XIII. S. 876 ff.

Zu 11) In folgenden Fällen:

a) wenn der Regent sie gestattet; l. 2. C. 5. 72.

b) wenn der Vater die Veräußerung in seinem — wenn auch nachher ungiltig gewordenen — Testament erlaubt hat; l. 1. l. 3. C. 5. 72. —

c) wenn die Veräußerung in der Verpfändung der, mit dem Gelde eines andern Mündels angeschafften Sache an diesen besteht, oder wenn der Vormund eine schon verpfändete Sache des

Mündels Demjenigen verpfändet, welcher Geld zur Abfindung des früheren Pfandgläubigers herleiht; l. 7. §. 5. D. 27. 9. — Sell Versuche im Gebiete des Civilr. Thl. I. S. 141.

d) in denjenigen Fällen, welchen eine rechtliche Nothwendigkeit zum Grunde liegt; l. 32. §. 6. D. 26. 7., z. B. wenn ein Dritter das Recht hat, den Verkauf zu fordern; l. 1. §. 2. l. 5. §. 6. D. 27. 9. — l. 2. l. 15. l. 17. C. 5. 71. — l. 1. C. 5. 72.

e) wenn der Vormund zum Zweck einer gerichtlichen Caution für den Mündel Pfänder bestellen muß; l. 28. §. 3. C. 5. 37. — u. dergl.

Zu 12) Insofern, als

a) der Kläger durch das angefochtene Geschäft auf Kosten des Beklagten bereichert ist; l. 10. l. 14. l. 16. C. 5. 71. — §. 2. J. 2. 8. — wenn er nämlich die Sache und den Kaufpreis zugleich davon trüge, mit welchem seine Schulden bezahlt wurden.

b) wenn der Mündel die Veräußerung nicht anfechten zu wollen eidlich bekräftigt hat; Auth. Sacram. pub. C. si adv. vendit. — Walch Controv. jur. civ. pag. 106.

c) wenn er sie nach erlangter Großjährigkeit ratihabirt hat; l. 2. C. 2. 46.

d) nach l. 3. C. 5. 74. in Folge des Ablaufs der fünfjährigen Verjährungszeit.

Zu 13) In den Gesetzen ist die Subhastation nirgends vorgeschrieben, und da man sie nicht als das einzige Mittel betrachten kann, um justum pretium zu erzielen, so scheint die Meinung Derjenigen, welche eine Nothwendigkeit nicht statuiren, s. Walch a. a. O. pag. 105., Cocceji Jus controv. Lib. 27. tit 14. qu. 4, Leyser Spec. Med. 6., Rudorff Vorm.=Recht Bd. II. S. 425., denen vorzuziehen zu sein, welche die Nothwendigkeit aus l. 1. §. 3. D. 27. 3. — l. 7. §. 8. D. 4. 4. — l. 3. C. 2. 37. — Auth. Hoc. jus porrectum C. de S. S. eccles. zu concludiren vermeinen; Cujacii Comm. ad. Tit. C. de adm. tutela. Nur für bewegliche Sachen ist der Subhastationsweg gemeinrechtlich und observanzmäßig geworden; s. Kraut a. a. O. II. S. 148.

Zu 14) Ja; l. 5. §. 15. D. 27. 9. — Schweppe a. a. O. Bd. IV. §. 761. S. 354.

Zu 15) Heut zu Tage wird dies in den Landesgesetzen gewöhnlich erfordert, obgleich nach gemeinem Recht das Gegentheil statuirt und überhaupt angenommen wird, daß der Vormund in Verhältnissen, welche sich nicht auf das Vermögen des Mündels beziehen, blos seinen

Beirath zu geben habe; l. 20. D. 23. 2. — l. 8. C. 5. 4. — Schweppe a. a. O. Bd. IV. §. 749. [Die versagte Einwilligung kann gerichtlich ergänzt werden; Erk. d. O.-A.-G. zu Kiel: Seuffert's Archiv X. No. 182.]

Zu 16) In faciendo haftet er für dolus und omnis culpa, l. 1. pr. D. 27. 3. — l. 23. D. 50. 17. — l. 7. C. 5. 51. — in non faciendo aber hat er nur diligentia, quam quis in rebus suis, zu präſtiren, l. 33. pr. D. 26. 7. — auch l. 57. pr. eod., wenn man da mit Haloander statt debitores priores liest: debitores proprios; l. 2. C. 5. C. 5. 55. — l. 2. C. 5. 51. — Schweppe a. a. O. Bd. IV. §. 750.*) — Ein Ausnahmsfall, wo er den höchsten Fleiß zu präſtiren hat, ist, wenn er sich zur Verwaltung gedrängt hat; l. 53. §. 3. u. l. 85. D. 47., Rudorff, Vormundsch. Bd. III. S. 76. Folge von dolus und culpa lata ist dann auch, daß die Größe des Schadens durch ein juramentum in litem des Klägers bestimmt werden kann; l. 7. pr. D. 26. 7. — l. 1. l. 4. C. 5. 53. — Schweppe a. a. O. Bd. IV. §. 750.

Zu 17) Die Erben des Vormunds stehen, wenn nicht schon bei Lebzeiten mit demselben lis contestirt war, nur für culpa lata ein; l. 1. C. 5. 54. Sie haften übrigens, wenn sie die Anzeige des Todes des Vormunds unterlassen, für die Verzinsung der inzwischen müßig liegenden Gelder; l. 7. §. 13. D. 26. 7. Bei heimlicher Verwendung der

---

*) Diesen Unterschied zwischen culpa in faciendo und in omittendo begründet die Doctrin, um eine Discrepanz der betreffenden Gesetzesstellen zu lösen. Die l. 1. pr. D. 27. 3. fordert nämlich vom Vormund indistinct keine größere Diligenz, als er in seinen eigenen Angelegenheiten beobachtet; die Nov. 72. c. 8. scheint seine Verantwortung in Hinsicht auf seinen geleisteten Eid zu verstärken, und die l. 7. C. 5. 51. macht ihn vollends für jedes grobe und geringe Versehen verantwortlich, was jedoch nach l. 33. pr. D. 27. 3. u. l. 57. pr. cit. auf diejenige Diligenz einzuschränken ist, welche jeder diligens paterfamilias anwenden muß. Sintenis im pr. Civilr. Bd. III. §. 150. not. 9. vereinigt diese verschiedenen Bestimmungen in der Art, daß zwar an die Handlungsweise des Vormunds der besondere Maßstab derjenigen Sorgfalt anzulegen sey, welche er auf seine eigenen Angelegenheiten verwendet, diese aber nicht so gering seyn muß, daß sie mit grober Schuld zusammenfiele. Bei vom Vormund unter seinem Namen angelegten Capitalien, welche durch die Schuld desselben schlechter wurden, genießt er die Begünstigung, daß er gegen die Heimweisung eines solchen dahin protestiren kann, daß der Pflegling entweder sämmtliche Capitalien anerkennen, oder sämmtliche ihm überlassen möge; l. 16. D. 26. 7. — l. 11. §. 1. D. 22. 1. Die dem Vormund obliegende Diligenz bringt es auch mit sich, daß er im Proceß Eide nur in Ermangelung anderer Beweismittel deferiren darf; l. 35. pr. D. 12. 2.

Pupillengelder haben sie die höchsten gesetzlichen Zinsen zu entrichten; l. 4. §. 2. D. 27. 7. Zur Fortführung der vom verstorbenen Vormund angefangenen Geschäfte sind sie bis nach abgelegter Rechnung verbunden, insofern sie großjährig und männlichen Geschlechts sind, und die Unterlassung eine grobe Schuld involviren würde; l. 1. pr. D. eod.

Zu 18) Sie müssen die vom Vormund angefangenen Geschäfte vollenden, auch die schwebenden Processe bis zur Rechnungsablage fortsetzen; l. 1. pr. D. 27. 7. — l. 27. D. 49. 1. — sie haften für schuldhafte Unterlassung, aber auch für Einmischung in die Geschäfte, ohne jene rechtliche Veranlassung. Gleiches ist der Fall bei dem Abgang eines Vormunds, welcher die vormundschaftliche Verwaltung einem Andern zu übergeben hat; l. 5. §. 6. D. 26. 7. — Schweppe a. a. O. §. 739. 750. u. 754.

Zu 19) In Ansehung der tutores gerentes muß unterschieden werden, ob verschiedene Vormundschaften von mehreren Obrigkeiten oder für verschiedene Districte bestellt sind, l. 21. §. 2. D. 27. 1. — womit auch der Fall gleich ist, wenn für einen einzelnen Act ein Curator wegen Behinderung des ordentlichen Vormunds bestellt wird; — oder ob nur Eine Vormundschaft besteht. In den ersten Fällen (cura divisa) besteht durchaus keine Verbindung und Gemeinschaft der Haftung unter den mehreren Vormundschaften; l. 5. C. 5. 59. — l. 2. C. 5. 40. — l. 2. C. 5. 38. — l. 2. C. 5. 52. — indem keine in den Geschäftskreis der andern übergreifen kann; l. 100. D. 46. 3. — l. 3. §. 9. l. 4. D. 26. 7. — l. 3. §. 7. D. 46. 7.*) — im letzten Fall aber, wo nur Eine Vormundschaft besteht, liegt außer dem Fall einer besonderen obervormundschaftlichen Anordnung immer ihnen Allen gemeinschaftlich die Verwaltung ob, wenn es gleich deshalb nicht gerade nothwendig ist, daß sie immer gemeinschaftlich handeln, sondern es hinreicht, wenn nur Einer von ihnen bona fide gehandelt hat; l. 3. pr. l. 24. §. 1. D. 26. 7. — l. 4. D. 26. 8. — l. 7. §. 3. D. 27. 10.

---

*) Löhr im civilist. Archiv Bd. XI. S. 15. Abweichend ist Sintenis Civilr. III. §. 151. a. E. Er distinguirt folgendermaßen: Ist die Geschäftstheilung unter den Vormündern durch ihre Privatübereinkunft geschehen, so hat dies auf die Solidar-Obligation keinen weitern Einfluß, als daß der in seinem Geschäftskreis administrirende Vormund primo loco haftet, si solvendo sit. Ist aber die Geschäftstheilung von der Obrigkeit oder vom Testator angeordnet, so seyen die übrigen Vormünder den Ehrenvormündern gleichzustellen. Die von ihm angeführte l. 2. C. 5. 52. drückt sich bestimmt dahin aus, daß desfalls die Curatoren nicht gegenseitig für einander verantwortlich seyen, sondern nur wenn sie die Andern aus Arglist oder Fahrlässigkeit nicht oder zu spät entfernt haben.

— l. 5. C. 5. 59. — Demzufolge haften, ohne Rücksicht auf etwa in Betreff der Verwaltung geschlossene Privatconventionen (s. Schweppe a. a. O. Bd. IV. §. 769.) die mehreren Vormünder immer in solidum, jedoch mit dem beneficium divisionis, l. 38. pr. D. 26. 7. — und cedendarum actionum; l. 1. §. 10—13. D. 27. 3. — l. 6. C. 5. 51. — l. 2. C. 5. 52. — Der tutor honorarius hat aber das beneficium excussionis; l. 55. pr. §. 3. D. 26. 7. — l. 8. C. 5. 37. — l. 6. C. 5. 51. — l. 3. C. 5. 52. — l. 2. C. 5. 54. — l. 1. C. 5. 64. — so auch, wenn einer der Vormünder allein eine schädliche Handlung vornahm, steht dem Andern das beneficium excussionis zu; l. 39. §. 11. D. 26. 7. — l. 8. C. 5. 37. — l. 6. C. 5. 51. — l. 1. C. 5. 64. — Der tutor honorarius, wie der notitiae causa datus kann erst nach fruchtloser Ausklagung des tutor gerens und seiner Bürgen, sowie auch des Magistrats belangt werden; l. 1. §. 15. D. 27. 3. — l. 46. §. 6. D. 26. 7. — Schweppe a. a. O. Bd. IV. §. 769. — Das beneficium excussionis fällt jedoch hinweg, wenn ein Vormund dem Mitvormund zur Führung der Administration Auftrag gegeben, oder sich vom tutor gerens hat Bürgschaft stellen lassen; denn in diesen beiden Fällen haftet er wegen des Auftrags, welcher im zweiten Fall stillschweigend in seiner Handlung liegt. — Wenn die Einklagung verspätet worden ist, und der Beklagte beweisen kann, daß der späterhin zahlungsunfähig gewordene Mitvormund zur Zeit der Beendigung der Vormundschaft noch zahlungsfähig gewesen sey, so bewirkt das benef. excussionis die völlige Befreiung; l. 53. D. 26. 7. — l. 5. C. 5. 36. — l. 1. C. 5. 52. — l. 3. C. 4. 19. Nach l. 1. C. 5. 64. ist beizusetzen: Klagt ein Vormund wider den andern auf Concurrenz zur Erstattung eines Kassendefects, so muß der klagende Vormund darthun, daß der beklagte Mitvormund Vormundschaftsgelder mit erhoben und die Kasse mit geführt habe; s. Gmelin u. Elsässer gemeinnützige Beobachtungen und Rechtsfälle Bd. IV. no. 18.

Zu 20) Dann hat die einseitige Handlung gar keine rechtliche Wirkung; l. 7. §. 3. D. 27. 10. Es gilt hier der Grundsatz: potior est conditio prohibentis.

Zu 21) Die Obervormundschaft haftet nur insofern, als der Mündel nicht vom Vormund und auch nicht von den sogen. nominatores und affirmatores das Seinige erlangen kann.*) Unter Letzteren

*) Die heutige Verfassung des Vormundschaftswesens, nach welcher der Vormund gar nichts Wichtiges vornehmen darf, ohne vorher bei der Obervormundschaftsbehörde angefragt zu haben, scheint jedoch hier eine Modification zur Folge zu haben. Jene Behörde scheint nämlich dann zunächst ver-

werden Diejenigen verstanden, welche bei einer obervormundschaftlichen Untersuchung über die Tüchtigkeit des Vormunds diese als vorhanden behauptet haben, l. 4. §. 3. D. 27. 7. — welche aber nur insofern haften, als die Umstände des Vormunds schon zur Zeit seiner Anstellung nicht sicher genug waren; l. 1. §. 11. u. 13. D. 27. 8. — Die Obervormundschaft kann aber auch unmittelbar in Haftung gerathen, wenn nur sie, aber der Vormund nicht in culpa ist. Dem Mündel ist die actio tutelae subsidiaria gegeben, l. 1. §. 4. D. 27. 8. — welche auf alles das geht, worauf die tutelae actio gerichtet ist; l. 1. 2. 3. 6. l. ult. D. 27. 8. — §. 2. J. 1. 24. — R.-P.-O. v. J. 1577. Tit. 32., Leyser Spec. 343. Med. 1. — doch ohne Pfand- oder sonstige Vorzugsrechte; l. 1. §. 14. D. 27. 8.

Zu 22) Allerdings, doch mit der Modification, daß, wenn das Pupillenamt einem Collegialglied speciell übertragen war, den übrigen das beneficium excussionis zusteht, l. 1. §. 9. l. 8. D. 27. 8. — und wenn die Collegen nicht ex dolo belangt werden können, sie auch das beneficium divisionis für sich haben, so lange die Einzelnen sämmtlich zahlungsfähig sind. Diejenigen, welche an dem Beschluß keinen Antheil ohne ihr Verschulden genommen haben, sind von Verantwortung frei. Ist bei einer zahlreich besetzten Gerichtsbehörde das Vormundschaftswesen einer besonderen Abtheilung zugewiesen, welche durch Willkür der Mitglieder eines Gerichts, welchem die Function im Ganzen obliegt, eingeführt ist, so wäre für die dabei unthätig gebliebenen Mitglieder Grund zur Einrede der Vorausklagung und Klagenabtretung gegen die übrigen gegeben; s. Sintenis a. a. O. §. 153. S. 276. der 2. Aufl. — l. 7. D. 27. 8. — l. 2. C. 5. 75. — Die Erben dieser obrigkeitlichen Personen können nur für culpa lata der Erblasser belangt werden; l. 4. D. 27. 8. — l. 2. C. 5. 75. —

---

antwortlich zu seyn, wenn der Vormund ihrem Beschlusse gemäß gehandelt hat. Allein meistens gehört die erste Einleitung und Vorprüfung des Geschäfts zum Kreise seiner Thätigkeit, deren Resultat er der obervormundschaftlichen Behörde vorlegen muß, und wenn er hierin etwas versäumt, so kann er auch seiner Seits zur Verantwortung gezogen werden.

Der Vormund kann aber auch da, wo er nicht verpflichtet ist, einen obervormundschaftlichen Beschluß einzuholen, bei der Obervormundschaftsbehörde um Belehrung nachsuchen. In einem solchen Fall kann er dadurch, daß er willkürlich um Belehrung nachsucht und dieser gemäß handelt, keineswegs die Verantwortlichkeit von sich abwälzen und sie auf jene Behörde übertragen. Die Erklärung der Obervormundschaft erscheint hier nur als ein Rath, für welchen sie nur so weit verantwortlich ist, wie jeder andere Rathende, s. Kraut a. a. O. Bd. II. S. 95., Mittermaier im civilist. Archiv Bd. XVI. S. 230.

Zu 23) Nein; weil dieses ein Gegenstand des öffentlichen Rechts ist, worüber Privaten keine Disposition zusteht; l. 5. §. 7. D. 26. 7. — Ein anderes ist die Ausschließung der tutela legitima, weil nach den Gesetzen dem Vater die freie Ernennung eines Vormunds offen steht, und providentia legis nur da eintritt, wo providentia hominis mangelt oder nicht hinreicht.

Zu 24) Die Strafe der Entsetzung und der römischen Infamie, mit der weiteren nachtheiligen Folge, daß der Beweis gegen ihn durch bloßen Eid des Klägers geführt werden kann; l. 7. D. 26. 7. — l. ult. §. 1. C. 5. 51.*)

Zu 25) Es beruht hierüber wohl Alles auf obrigkeitlichem Ermessen; in der Regel hält man nur gröbere Versehen für hinlänglichen Grund; Walch Controv. jur civ. §. 110., Struben Rechtl. Bed. I. no. 86., Schweppe a. a. O. Bd. IV. 741. c. A. M. ist Höpfner im Inst.=Comm. §. 249., v. Wening=Ingenheim Lehrb. d. gem. Civilr. Bd. III. S. 125.

Zu 26) Ja, vor Notar und Zeugen, welche vom Vormund erbeten werden können; Struben Rechtl. Bed. I. no. 79., Claproth th. pr. Rechtswissenschaft v. freiw. Gerichtshandl. §. 129.

Zu 27) Nach römischem Recht ohne Zweifel, s. l. 13. §. 1. C. 5. 51., welchem auch nach v. Bülow u. Hagemann's pr. Erörter. Bd. II. no. 37. §. 2. S. 288. der Gerichtsbrauch folgt. Indessen ist dadurch die obervormundschaftliche Gewalt nicht aufgehoben, die Errichtung eines Inventars in solchen Fällen anzuordnen, wo es das Beste des Pflegebefohlenen nothwendig erfordert; l. 5. §. 7. D. 26. 7. — l. 10. D. 26. 3. — Utilitatem pupillorem Praetor sequitur, non scripturam testamenti, — Glück Thl. XXX. S. 206. und not. 21., wenigstens ist dadurch die Errichtung eines Privatverzeichnisses nicht ausgeschlossen; s. Marezoll in v. Löhr's Magazin f. Rechtsw. Bd. IV. S. 393., Heimbach im R.=Lex. Bd. III. S. 158.

Zu 28) Es ist zu unterscheiden zwischen Capitalien, welche schon vom Erblasser des Mündels oder auch von einem früheren Vormund angelegt waren, und solchen, welche er selbst angelegt hat. Im ersten Falle prästirt er blos culpa in exigendo, und zwar nur culpa lata,**)

*) Daß die poena infamiae nicht schon ob culpam latam stattfand, s. Gupet Abh. no. VIII. Da sie eigentlich dem jus publicum angehört, so ist hierüber nichts weiter zu bemerken.

**) Dieser Satz wurde vom O.=A.=G. in Dresden auch auf den Kirchenpatron angewendet; Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. IV. S. 176.

wenn er noch nicht Zeit hatte, den Schuldner zu prüfen, und ihn auch nicht gebilligt hat; l. 15. l. 35. D. 26. 7. — l. 2. l. 6. C. 5. 51. — denn wenn er ihn approbirt hat, so haftet er eben so, wie wenn er ihm selbst creditirt hätte; l. 44. pr. D. 26. 7. — l. 19. D. 27. 3. — Schweppe a. a. O. Bd. IV. §. 751. — Im zweiten Fall hat er culpa in contrahendo und in exigendo zu prästiren, und zwar omnis culpa. Die Nov. 72. c. 6., nach welcher der Vormund gar nicht schuldig war, die Gelder des Pupillen auszuleihen, mithin sie nur auf seine eigene Gefahr ausleihen konnte, ist bekanntlich nicht mehr in usu; s. Gesterding im Archiv. für civilist. Praxis Bd. II. no. 20. S. 234.

Zu 29) Wenn es sich um culpa in contrahendo handelt, muß der Vormund beweisen, daß der Schuldner zur Zeit des ihm gegebenen oder willkürlich verlängerten Credits noch allgemein für sicher angesehen wurde; l. 11. D. 22. 3. — l. 15. l. 50. D. 26. 7. — Wo indessen besondere Vorschriften in Betreff der, bei Capital-Ausleihen der Minderjährigen zu beobachtenden, Sicherheitsbedingungen bestehen, ist dies blos Sache der richterlichen Reflexion. s. Seuffert's Archiv XI. No. 253. XIII. No. 150. Ist culpa in exigendo in Frage, so muß der Mündel beweisen, daß der Verlust aus der pflichtwidrig unterlassenen Beitreibung entstanden sey; s. Archiv f. d. civil. Prax. Bd. II. S. 240., Leyser Spec. 333. Med. 10. —

Zu 30) Eine Bestimmung des Erblassers oder Vaters, wodurch dem Vormund die Rechnungslegung erlassen ist, kann gleichwohl nicht die allgemeine Aufsicht der Obrigkeit über den Vormund ausschließen. Dieselbe muß daher, wenn dringende Gründe dazu vorliegen, dessen ungeachtet für berechtigt erachtet werden, auch während der Dauer der Vormundschaft von dem Vormund Rechnungsablegung zu verlangen, s. Kraut a. a. O. II. S. 154., oder wie das preuß. Landr. Thl. II. Tit. 18. §. 694. desfalls zweckmäßig bestimmt, dem Vormund einen Nachweis über die Substanz des Vermögens abzufordern. Vergl. Heimbach Rechtslexikon XIII. S. 884 ff.

Zu 31) Obgleich verschiedene Rechtsgelehrte diese Frage verneinen, s. Cocceji jus controv. tit. in quibus caus. pign. qu. 2., Carpzov P. 2. Const. 24. Def. 12. no. 9. u. A. m., wofür l. 42. D. de administr. tut. u. l. 19. §. 1. D. de reb. auct. jud. poss. bestimmt zu entscheiden scheinen, so ist doch das Gegentheil zu unwidersprechlich in der Natur eines Realrechts begründet, und der aus eben bemerkten Gesetzen geschöpfte Zweifel beseitigt sich dadurch, daß sie nur von

dem früheren privil. exigendi sprechen, welches freilich als blos persönlicher Natur nicht auf die Erben übergehen konnte. — Meditt. über versch. Rechtsmaterien Bd. I. S. 228., Walch Controv. jur. civ. pag. 108.

---

§. 78.

5. Amtsbefugnisse eines Vormunds.

1) Darf das Vermögen des Mündels für seine Unterhaltung aufgebraucht werden?
2) Kann der Vormund ein Honorar für seine Verwaltung verlangen?
3) darf der Vormund auch Güter der Mündels kaufen? und
4) auch Schuldforderungen Anderer gegen den Mündel an sich bringen?
5) Wie weit geht seine Ermächtigung zur Annahme von Zahlungen für Rechnung des Mündels?
6) Kann auch dem tutor honorarius giltig Zahlung geleistet werden? Desgleichen dem tutor notitiae causa datus?
7) Kann der Vormund die Güter des Mündels auf längere Zeit, als dessen Minderjährigkeit dauert, giltig verpachten oder vermiethen?
8) Wie weit gehen die Zuständigkeiten des Vormunds in Processen des Mündels?
9) Kann der Vormund auch Cessionen von Obligationen *giltig* vornehmen?
10) Kann der Vormund für die über den Belauf der in Händen gehabten Pupillengelder bestrittenen Auslagen auch Zinsen berechnen?
11) Ist der Mündel zur Vergütung des dem Vormund zufällig bei der Verwaltung entstandenen Schadens verbunden?
12) Kann der verurtheilte Vormund auch nach rechtskräftigem Urtheil noch die Klagenabtretung vom Mündel verlangen?

Zu 1) Wohl, wenn es nöthig oder überwiegend nützlich ist, obgleich in der Regel nicht einmal die Einkünfte ganz verbraucht werden sollen; l. 2. C. 5. 50.

Zu 2) Nur dann, wenn er nicht ex lege zur Vormundschaft be=

rufen war, l. 1. §. 6. u. 7. D. 27. 3. — und selbst dann ist es nicht außer Zweifel, indem l. 33. §. 3. D. 26. 7. nur von Auslagen des Vormunds zu verstehen seyn möchte, daher der Vormund nur solche besondere Geschäfte geltend machen kann, bei welchen eine andere Eigenschaft in seiner Person concurrit, z. B. als Advocat, Arzt u. dergl. Da die Vormundschaft nach R. R. als ein munus publicum galt, so kann sich der Anspruch auf Honorar nur auf specielle Convention oder testamentarische Bestimmung oder auf eine aus speciellen Rücksichten der Billigkeit von der Obercuratel ertheilte Bewilligung gründen; Schweppe a. a. O. IV. §. 758.

Die meisten Particularrechte geben jedoch dem Vormund, wenn die Vermögensumstände des Mündels es zulassen, das Recht, auf eine Vergütung (Honorar, Salar) Anspruch zu machen, die dann der Richter bald gleich bei Uebertragung der Vormundschaft, bald am Schlusse eines jeden Rechnungsjahres, bald aber auch erst nach Beendigung der Vormundschaft festzusetzen hat; z. B. in Bayern gemeiniglich $\frac{1}{10}$ der Einkünfte der Pupillen, s. Kreittmayr Anmerk. zum Cod. Max. Civ. P. I. cap. 7. §. 15. no. 5., nach der Hessen-Cass. Vorm. Ordn. v. 1767. §. 9. jährlich 4 Proc. der Einnahme, nach dem österreichischen bürgerl. Gesetzb. §. 266. nie mehr als 5 Proc. der reinen Einkünfte, nach anderen Verordnungen 1. 2. 3. 4 Proc. des reinen Einkommens, oder auch 2 Proc. des Capitals. Eine Würtemberg. Verordn. v. 14. März 1809., s. Stein über Vormundsch. S. 257—270., enthält ein ausführliches Regulativ über die Größe der Belohnung nach Verhältniß des Vermögens; s. Kraut Vormundschaft II. S. 162.

Zu 3) Dies ist nur dann als Ausnahme von dem allgemeinen gesetzl. Verbot, daß kein Verwalter fremder Sachen etwas von diesen kaufen dürfe, sey es in eigener Person oder durch Unterhändler, gleichwohl giltig, wenn auf verkaufender Seite eine andere Person, z. B. ein Mitvormund contrahirte und der Verkauf öffentlich an den Meistbietenden geschah;*) l. 5. §. 2—6. l. 6. D. 26. 8. — l. 5. C. 4. 38. — l. 34. §. 7. l. 46. D. 18. 1. — oder von einem Pfandgläubiger die Sache des Pupillen jure pignoris distrahirt wurde; l. 5. §. 5. D. 26. 8. — immer muß er auch bona fide zu Werke gehen, und die Sachen nicht zu wohlfeil an sich bringen; l. 5. §. 2—4. D. 26. 8. — l. 2. §. 8. D. 41. 4.

---

*) Im letztern Fall hat ein Erk. des O.-Trib. in Stuttgart die Beiziehung eines Mitvormunds (curator ad hoc) gar nicht für nöthig erachtet; s. Hufnagel Mittheilungen H. I. S. 29.

Zu 4) Die dem Vormund ertheilte Cession einer Forderung an den Mündel gilt durchaus nicht, selbst nicht nach geendigter Vormundschaft, soweit die Forderung schon vorher vorhanden war; l. 12. D. 27. 9. — Nov. 72. c. 5. — Mühlenbruch Cession der Forderungsrechte §. 32.

Zu 5) Nur auf die laufenden und nicht über 2 Jahre rückständigen, auch nicht über 100 Solidi betragenden Renten, Pachtgelder, Zinsen ꝛc.; l. 25. l. 27. C. 5. 37. — §. 2. J. 2. 8. — Indessen kann die an sich ungiltige Zahlung an den Vormund, gegen welche der Mündel nicht erst der Restitution, wie einige ältere Rechtsgelehrte glaubten,*) bedarf, s. Schweppe a. a. O. IV. §. 763. — doch nur dann mit Wirkung angefochten werden, wenn der Andere nicht beweisen kann, daß die Zahlung dem Curanden wirklich zu Gute gekommen ist; §. 2. J. 2. 8.**)

Zu 6) Wenn ihm die Administration nicht obrigkeitlich untersagt ist, so kann ihm die Zahlung in demselben Maße, wie dem tutor gerens geleistet werden; l. 14. §. 1. u. 6. D. 46. 3.

Zu 7) Ein bestimmtes Gesetz steht nicht entgegen; Mehrere statuiren die Beobachtung eines mäßigen Zeitraums, nicht auf 10 Jahre oder drüber; im Allgemeinen läßt sich auch keine Zeitbestimmung

---

*) und auch von mehreren obersten Gerichtshöfen angenommen wird, s. Archiv f. d. Praxis des im G.-H. Oldenburg geltenden Rechts Bd. I. H. 1. S. 51., Hagemann pr. Erörter. Bd. V. no. 31. nebst dem dort angeführten Erk. des O.-A.-G. in Celle.

**) So kann auch im deutschrechtlichen Vermögensbesitz des überlebenden Ehegatten der Mutter ein unbeschränktes Verwaltungsrecht, welches sie auch zur Erhebung und Cession der Capitalien ermächtigt, nicht abgesprochen werden.

Zum Empfang von Capitalzahlungen wird dem Vormund jedoch gewöhnlich die Nachsuchung obrigkeitlicher Autorisation zur Pflicht gemacht, indem derselbe im röm. Recht der Veräußerung gleichgestellt ist; s. Rudorff Recht der Vormundschaft Bd. II. §. 143. Die Kursächsische Vorm.-Ordn. v. J. 1782 hat diese Bestimmung nur bei Capitalzahlungen über 100 Thlr. beibehalten, und mehrere neue Vormundschafts-Ordnungen haben, weil auf diese Weise der redliche Zahler leicht in Schaden kommen kann, vorgeschrieben, daß der Vormund zur Empfangnahme der Zahlung keines solchen Decrets bedürfe, und auch den Pfleglingen keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Schuldner, welcher dem Vormund Zahlung geleistet hat, zu Gute kommen soll; s. Kraut a. a. O. Bd. II. S. 150. Die h. z. T. gewöhnliche alljährliche Rechnungsablage unter obervormundschaftlicher Revision und Approbation wird indessen in den meisten Fällen den Schuldner nicht minder liberiren; s. Hagemann a. a. O. — Zur Veräußerung von Staatspapieren ist ohne Zweifel ein obrigkeitliches Decret erforderlich.

fixiren, da besonders bei Verpachtung von Grundstücken ein Zeitraum von mehreren Jahren gebräuchlich und erforderlich ist. Da der Mündel, wenn ihm durch Verpachtung auf längere Zeit Nachtheil zugeht, immer die Restitution gebrauchen kann, so müssen stets besondere Rechtfertigungsgründe vorhanden seyn, wenn eine Verpachtung über die Zeit der Minderjährigkeit hinaus erstreckt wird; Gesterding im Archiv f. civilist. Praxis Thl. IV. S. 1. u. Zusatz von Gensler.

Zu 8) Der Vormund hat die Processe der Pflegebefohlenen mit der Vorsicht, die er in eigenen Sachen anwenden würde, zu betreiben, Zuvielforderung zu vermeiden, Eide aber nur in Ermangelung anderer Beweismittel zu deferiren. Vergl. Heimbach Rechtslexikon III. S. 177 ff. u. XIII. S. 880 ff.

Zu 9) Cessionen von Obligationen kann der Vormund nicht vornehmen, sondern nur der Pflegebefohlene selbst unter Beitritt seines Vormunds; l. 1. C. 8. 44. — l. 13. §. 10. D. 46. 4. — cf. l. 37. §. 2. D. 36. 1.

Zu 10) Allerdings; s. l. 3. §. 1—6. D. 27. 4. — und hat auch ein Forderungsrecht für seine Auslagen, selbst wenn sie das Vermögen des Mündels, welches er zu verwalten hatte, übersteigen.

Zu 11) Eben so wenig, als der negotiorum gestor oder Mandatar, kann auch der Vormund dieses verlangen; s. Schweppe a. a. O. Bd. IV. §. 758.

Zu 12) Ja; er kann aber auch ohne Cession eine actio utilis gegen seine Mitvormünder gebrauchen; l. 1. §. 13. u. 18. D. 27. 3. — l. 2. C. 5. 58. — ausgenommen wenn er wegen dolus oder eigentlicher contumacia belangt wird; l. 38. §. 2. D. 26. 7. — l. 1. §. 14. D. 27. 3.

---

§. 79.

6. Folgen unterlassener Beiziehung des Vormunds bei Rechtsgeschäften des Mündels.

1) In welchen Fällen kann der Pflegbefohlene auch ohne Concurrenz des Vormunds verbindlich werden?
2) Ist ein ohne curatorischen Consens mit einem Minderjährigen geschlossenes Geschäft absolut und unter allen Umständen nichtig?
3) Wie lange dauert die dem Minderjährigen zustehende Nichtigkeitsklage?

4) Steht dem Minderjährigen die Restitution gegen ein ihm nachtheiliges Geschäft auch dann zu, wenn es obervormundschaftlich bestätigt ist, und muß er sich dann nicht vielmehr an die Vormundschaft halten?

5) Wenn der Minderjährige eine ohne obrigkeitliches Decret vorgenommene Veräußerung als nichtig ansicht, liegt ihm der Beweis der Unförmlichkeit ob? Und kann er die Sache ohne alle Vergütung zurückfordern?

Zu 1) Sowohl

a) aus Delicten: l. 46. D. 44. 7. — als auch

b) insofern der Mündel sich durch die Leistung oder den Verlust des Andern bereichern würde; l. 5. pr. D. 26. 8. — l. 2. C. 2. 19. — und

c) aus Gründen, welche in einem Sachverhältniß und nicht in Handlungen des Mündels liegen; l. 46. D. 44. 7.

Zu 2) Wenn der Mündel durch das Geschäft blos Rechte erwirbt, ohne verpflichtet zu werden, bedarf es gar keinen Consenses; l. 13. §. 29. D. 19. 1. — Ueberhaupt aber bewirkt der Mangel des curatorischen Consenses nur für den Mündel ein Recht, das Geschäft anzufechten, nicht aber für den Andern. Es ist daher ein negotium claudicans zu nennen, indem der Mündel zwar daraus klagen, aber nicht verklagt werden kann; pr. J. 1. 21. — l. 9. pr. D. 26. 8. —

Zu 3) Hier ist zwischen einem onerosen Geschäft und einer Schenkung zu unterscheiden. Im ersten Fall dauert die Richtigkeitsklage 5 Jahre, im zweiten Fall 10 Jahre unter Anwesenden und 20 Jahre unter Abwesenden; l. 10. D. 27. 9. — l. 1. l. 4. C. 5. 73. — l. 2. l. 3. C. 5. 74.

Zu 4) Die Restitution steht ihm unbedingt zu, l. 2. C. 2. 25. — gleichviel, ob der Schade in der Schuld des Curators oder in eigener Unbesonnenheit seinen Grund hat; l. 16. §. 2. D. 4. 4. — l. 3. C. 2. 25. — auch hindert ihn nicht die ausgewirkte gerichtliche Bestätigung; l. 2. C. 2. 25. Zieht er es aber vor, anstatt den andern Contrahenten in Anspruch zu nehmen, auf Entschädigung gegen den Vormund zu klagen, dann convalescirt die Veräußerung und kann von ihm nicht weiter angefochten werden; l. 5. §. 15. l. 10. D. 27. 9. —

Unbedingte Zulassung der Restitution, ungeachtet obervormundschaftlicher Confirmation des Geschäfts statuirt auch das O.-A.-G. in

Jena, s. Emminghaus sächs. Pandecten S. 108. Nr. 28., in Gemäßheit des allgemeinen Grundsatzes, daß Confirmation die Natur des Geschäfts selbst nicht ändert. Auch nach R. R. ist dem Minderjährigen die rest. in integr. zugelassen in Fällen, wo ein decretum de transigendo nothwendig war; l. 11. C. 5. 71. Die hinsichtlich der Zahlungen in l. 25. C. 5. 37. vorkommende Ausnahme muß als solche streng erklärt werden. A. M. ist Kraut a. a. O. Bd. II. S. 151. Er behauptet nämlich, das römische Recht habe das ältere deutsche in der Lehre von der Veräußerung des Mündelguts insofern verdrängt, daß, wenn die gesetzlichen Erfordernisse bei der Veräußerung beobachtet sind, der Mündel nach erreichter Volljährigkeit dieselbe nicht weiter anfechten darf, er müßte denn eine Läsion nachweisen können und wegen derselben um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachzusuchen berechtigt seyn.

Zu 5) Nach l. 1. §. 2. l. 5. §. 15. D. 27. 9. — l. 2. C. 5. 73. liegt ihm als Kläger der Beweis ob; s. Mackeldey Lehrb. des h. R. R. §. 601., v. Löhr im Magazin Bd. III. S. 514„ doch sind bezüglich l. 13. §. 2. D. 6. 2. die Meinungen getheilt. Die Annullirung der Veräußerung befreit aber den Minderjährigen nicht davon, daß er dem Käufer so viel vergüte, als in seinem Nutzen erweislich verwendet worden ist; l. 10. l. 16. C. 5. 71. — und zwar selbst mit Zinsen für den Zeitraum, in welchem das bezahlte Kaufgeld dem Mündel genützt hat.

---

§. 80.

7. Rechts- und Sicherungsmittel bezüglich des Vormundschaftsverhältnisses; Ende desselben.

1) Welche Klagen entspringen aus dem Vormundschaftsverhältniß?
2) Was für ein Recht steht dem Pflegbefohlenen zu, wenn der Vormund Mündelgelder benutzt hat, um für sich Sachen zu kaufen oder Capitalien anzulegen?
3) Welche Sicherungsmittel stehen dem Minderjährigen gegen seinen Vormund zu?
4) Wann beginnt das Pfandrecht desselben am Vermögen des Vormunds?
5) Wird durch Verehelichung die Vormundschaft durchgehends beendigt?

Zu 1) Actio tutelae. Gegenstand derselben kann die geführte Verwaltung in ihrem ganzen Umfange seyn, allenfalls auch die unterlassene oder verzögerte Uebernahme derselben, die Ausantwortung des Vermögens und Ersatz aller vom Vormund zu prästirenden Nachtheile; l. 1. §. 16. D. 27. 3. — l. 7. pr. §. 2. D. 26. 7. — l. 2. l. 7. C. 5. 51. — l. 82. D. 35. 1. Nach R. R. ging sie hauptsächlich auf das rationes reddere et reliqua solvere, nach heutigem Recht, wo jährlich schon Rechnung abgelegt wird und eine fortwährende Beaufsichtigung und Kenntnißnahme der Oberbehörde stattfindet, werden mehr die Ausstellungen gegen die Schlußrechnung und die daher erwachsenden Anforderungen den Gegenstand der Klage ausmachen; s. Sintenis a. a. O. §. 150. not. 16. Die früheren Rechnungen, welche für die Schlußrechnung maßgebend sind, können, falls sie von der Obervormundschaftsbehörde anerkannt sind, und dem Vormund darüber quittirt ist, nur dann angefochten werden, wenn Rechnungsfehler erst entdeckt werden, und zwar nicht nur errores calculi, sondern auch Auslassung solcher Posten, welche zu vereinnahmen gewesen wären, und Aufführung wirklich nicht verausgabter Posten; l. un. C. 2. 5. — l. 8. D. 50. 8. — l. 1. §. 1. D. 49. 8. — Glück Thl. XXXII. S. 203. ꝛc., ingleichen wenn wirkliche Unterschlagungen und Betrügereien in Einnahme und Ausgabe erweislich gemacht werden; l. 111. D. 35. 1. Es kann auch eine Concurrenz von Klagen, welche nicht gerade aus der Verwaltung, sondern aus Rechtsgeschäften entspringen, stattfinden; z. B. act. commod., mand., depositi, neg. gest. l. 5. §. 4. l. 9. §. 1. D. 26. 7. — s. Sintenis a. a. O. §. 150. not. 23. [Ueber die actio tutelae gegen ein ganzes Gericht s. Seuffert's Archiv XI. No. 252. in Verb. mit V. No. 298.]

Actio rationibus distrahendis. Diese Klage setzt ein specielles Delict, nämlich das der Veruntreuung voraus, und kann da er nur gegen den tutor gerens angestellt werden. Sie geht darauf, die Rechnungen des Vormunds nochmals zu untersuchen (aufzumachen, distrahere), damit gefunden werde, was der Vormund an Einnahmsposten unterschlagen und als Ausgabsposten fälschlich verrechnet hat und bezweckt als Pönalklage doppelten Ersatz; l. 1. §. 20. l. 2. §. 2. D. 27. 3. — Da sie aber keine eigentliche Delictsklage ist, so steht sie auch den Erben des Mündels zu, ist also activ, jedoch nicht passiv-transitorisch, l. 1. §. 23. D. 27. 3. — und dauert 30 Jahre; Glück Thl. XXXII. §. 1365. b. S. 214. Vergl. Heimbach Rechtslexikon XIII. S. 886 ff.

Contraria tutelae actio. Sie steht dem Vormund für seine Gegenansprüche zu. Gegenstand derselben können aber nur solche Ausgaben

und Verwendungen seyn, welche um der Vormundschaft willen im Interesse des Mündels gemacht worden sind, gleichviel ob vor oder nach angetretener Verwaltung, l. 3. §. 8. D. 27. 4. — wobei jedoch der Vormund als redlicher Mann und guter Wirth im wahren Interesse des Mündels verfahren seyn muß, l. 3. pr. §. 8. cit., wenn auch der Erfolg nicht ersprießlich war, und der Betrag nicht dauernd im Vermögen des Mündels steckt; l. 3. §. 7. D. 27. 4. Auf zufällig um der Vormundschaft willen dem Vormund erwachsenen Schaden läßt sich diese Klage, wie Glück Thl. XXXII. S. 285. annimmt, wohl nicht ausdehnen; s. Sintenis a. a. O. Bd. III. §. 150. not. 65., Rudorff V.-R. Bd. III. S. 124., s. auch oben §. 78. Fr. 10.

Hierzu kommen noch die Klagen, welche aus der vom Vormund geleisteten cautio rem pupilli salvam fore entspringen.

Zu 2) Er ist berechtigt, sich diese Gegenstände zuzueignen; l. 2. C. 26. 9. — l. 2. C. 5. 39. — Hat der Vormund die Gelder heimlich zu eigenem Vortheil verwandt, so kann der Mündel nach l. 38. D. 3. 5. — l. 1. C. 5. 56. — l. 3. C. 5. 51. Vergütung der Zinsen zu 12 Procent, h. z. T. aber nur zu 5 Procent, als dem höchsten Zinsfuß, verlangen.

Zu 3) Der Mündel hat

a) das privilegium exigendi, welches ihm ein Vorrecht vor allen persönlichen Forderungen Anderer gewährt. Auf das Vermögen des Magistrats, welcher den Vormund bestellt hat, bezieht sich dasselbe nicht, und selbst am Vermögen des Vormunds ist es nur in subsidium gegeben, wenn dieser keine Bürgschaft bestellt hat; l. 25. D. 27. 3.

b) Bürgen haften in solidum, Erben derselben nur pro rata hereditaria; l. 12. D. 46. 6. — l. 24. C. 8. 41.

c) ein stillschweigendes Pfandrecht am ganzen Vermögen des Vormunds, auch des Protutors wegen aller Ansprüche aus der Vormundschaft. Das gesetzliche Pfandrecht steht dem Pflegbefohlenen auch am Vermögen der Mutter zu, wenn sie, ohne Rechnung abzulegen, zur zweiten Ehe schreitet, und selbst am Vermögen ihres zweiten Mannes; l. 2. C. 5. 35. — l. 6. C. 8. 15. — Nov. 22. c. 40.

Zu 4) Streitig ist hier die Frage:

a) ob das Pfandrecht mit der Uebernahme der Vormundschaft, resp. mit dem Zeitpunkt der eingegangenen Uebernahmsverbindlichkeit, beginne, oder mit dem einzelnen Act, aus welchem die Verbindlichkeit des Vormunds entspringt. Das Erstere, was auch die herrschende Lehre zu seyn scheint, behauptet Glück

Thl. XIX. S. 144., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 375. No. 2. bezüglich l. 20. C. 5. 37. — l. 6. §. 4. C. 6. 61. — das Letztere Rudorff V.=R. Bd. III. S. 91., Heimbach im R.=Lex. Bd. III. S. 184., welche diese Meinung in l. 37. pr. D. 26. 7. für begründet erachten.

b) In Ansehung der testamentarischen Curatel wird insbesondere darüber gestritten, ob das Pfandrecht schon mit der geschehenen Testamentseröffnung beginne? Nach l. 6. C. 5. 62. und l. 6. §. 4. C. 6. 61. muß die Frage bejaht werden, weil mit der Testaments=Apertur zugleich das Amt des Vormunds eröffnet war.

Nach der R.=P.=O. v. J. 1548. Tit. 31. §. 2. und v. J. 1577. Tit. 32. §. 2. scheint zwar der Zeitpunkt bis auf erfolgte Bestätigung hinausgerückt, weil auch der testamentlich ernannte Vormund sich früher nicht der Vormundschaft unterziehen soll. Allein wenn doch der Vormund früher zu fungiren angefangen hat, so möchte die entgegengesetzte Ansicht mehr begründet seyn; denn

a) die Qualität als Vormund war doch schon durch das Testament gegeben, confirmatio nihil dat novi s. Mevii Dec. P. VI. no. 334. P. VII. Dec. 232.

b) es wäre ganz gegen die Absicht der R.=P.=O., welche nach §. 1. die Sicherheit der Mündel verstärken will, die Confirmation nicht auf dasjenige zu erstrecken, was in Voraussetzung der Bestätigung oder in der Meinung, daß dieselbe überflüssig sey, von dem Vormund gehandelt worden ist;

c) auch gegen den protutor — und dafür müßte er allenfalls angesehen werden — finden gleiche Rechte und Klagen statt, wie gegen den tutor, und auch gegen ihn war das Privilegium des älteren Rechts eben so, wie auf das Vermögen des wirklichen Curators begründet; l. 25. D. 27. 3. — l. 19. §. 1. l. 23. D. 42. 5. — Gensler im Archiv f. d. civil. Praxis Bd. I. S. 396.

Zu 5) Durch Verehelichung des minderjährigen Pflegbefohlenen wurde nach röm. Recht die Vormundschaft nicht beendigt; s. Glück Thl. XXXI. S. 155., wohl aber nach dem älteren deutschen Recht; s. Kraut a. a. O. Bd. II. S. 89. not. 10—12. Die neueren Gesetzgebungen sind theils diesem, theils jenem gefolgt. Die meisten legen jedoch nur bei dem weiblichen Mündel der Verehelichung die Wirkung bei, daß durch sie die Altersvormundschaft sich endige, manche aber auch nur dann, wenn irgend eine Art des deutschen ehelichen Güterrechts unter den Ehegatten stattfindet; Kraut a. a. O. findet den

Grundsatz: „alle verheiratheten Mannspersonen sind schon als solche ohne Weiteres von der Altersvormundschaft frei", in einem deutschen Gewohnheitsrecht begründet, welches schon vor den Reichspolizeiordnungen bestanden habe, und in allen Rechtsquellen bis auf die neueren Gesetzgebungen bestätigt, daher blos daraus, daß die R.-Pol.-Ordn. den Endtermin auf den Zeitpunkt der Volljährigkeit setzt, nicht wohl zu schließen sey, daß im Besondern jene bekannte rechtliche Gewohnheit habe außer Kraft gesetzt werden wollen.

---

§. 81.

8. Cura prodigi et furiosi.*)

1) Steht das gesetzliche Pfandrecht am Vermögen des Vormunds auch Denjenigen zu, welche wegen Prodigalität unter Curatel gesetzt sind?
2) Was für ein Grad von Verschwendung wird erfordert, um zur cura prodigi schreiten zu können?
3) Kann der curator furiosi wegen Schadensstiftung seines Mündels verantwortlich werden?
4) Kann der Ehemann zum Curator seiner wahnsinnigen Ehefrau bestellt werden?

Zu 1) Auf die furiosi ist es ausdrücklich erstreckt in l. 7. §. 5. C. 5. 70.; der tit. de cur. furiosi et prodigi begreift aber auch den prodigus, welcher überall dem furiosus gleichgestellt ist; l. 1. pr. l. 15. D. 27. 10. — §. 3. J. 1. 23. — l. 1. C. 5. 70. — Deshalb scheint die bejahende Meinung, s. Walch Controv. jur. civ. pag. 109., nicht ohne Grund, wogegen jedoch die neueren Rechtsgelehrten die Frage um deswillen verneinen, weil sie ein gesetzliches Pfandrecht nur durch eine ganz specielle Bestimmung der Gesetze entstehen lassen wollen, in den Gesetzen aber nur das privilegium exigendi für den prodigus ausdrücklich gegeben ist; Rudorff V.-R. Bd. III. §. 176. no. 3.

Zu 2) Ein solcher, welcher die Verarmung mit der größten Wahrscheinlichkeit voraussehen läßt; Glück Thl. XXXIII. S. 181., Schweppe

---

*) Andere Arten der cura, als cura ventris, bonorum absentis, Concurs-Curatel, cura hereditatis jacentis etc. s. am geeigneten Ort.

a. a. O. Bd. IV. §. 746., Sintenis Civilrecht Bd. III. §. 155. Anm. 16. Die Gleichstellung des prodigus mit dem furiosus scheint auf eine krankhafte geistige Disposition zu deuten.

Zu 3) Mangel an der Diligenz kann dies allerdings zur Folge haben; l. 14. D. 1. 18.

Zu 4) Die l. 14. D. 27. 10. sagt: virum uxori mente captae curatorem dari non oportet. Einige verstehen dies so: Man darf den Mann nicht zum Curator seiner wahnsinnigen Ehefrau bestellen, s. d. deutsche Uebersetzung des Corp. jur. Bd. II. S. 1003., wogegen Donell. Comm. jur. civ. Vol. II. pag. 242. diese Stelle mit Beziehung auf §. 19. J. 1. 25. dahin erklärt: der Ehemann könne sich von der Curatel über seine wahnsinnige Ehefrau excusiren. Rudorff V.-R. Bd. I. S. 127. scheint sich zur letzteren Ansicht hinzuneigen, indem er zwar die Geschlechtstutel und die Curatel über eine wahnsinnige Ehefrau als verschiedene Aemter betrachtet, daher nicht, wie bei der Pupillencuratel und cura minorum das letztere Amt in jenem aufgehen läßt, aber doch zugesteht, daß beide Aemter in einer Person vereinigt seyn können.

Kapitel V.

Das Gesinderecht.

§. 82.

Das Gesinderecht weicht von dem Rechtsverhältniß der locatio conductio operarum*) insoweit ab, als das deutsche Recht das

*) [Auch von anderen Rechtsverhältnissen gilt es, daß sie nicht auf das Maaß einfacher Obligationen zurückführbar sind, und daß sie daher Erscheinungen bieten, welche von den rücksichtlich der locatio conductio oder des mandatum geltenden Grundsätzen beträchtlich abweichen. Das Wesentliche dieser Abweichungen besteht in der Begründung eines die ganze Persönlichkeit des Angestellten oder Bediensteten ergreifenden Autoritäts- und Gewaltverhältnisses. Hierher gehören

1) das Verhältniß des Handlungschefs (Prinzipals) zu seinem Handlungspersonal: vergl. A. D. Handels-G.-B. Art. 41—65.; und des Handwerksmeisters zu seinen Gesellen; s. Wolff deut. Privatr. §. 156. No. 2.
2) Die Unterordnung der Schiffsmannschaft auf Seeschiffen unter den Schiffer (Kapitän): A. D. H.-G.-B. Art. 528—556;
3) die dienstliche Stellung öffentlicher (besoldeter oder unbesoldeter) Beamten: s. Puchta Pand. §. 358., denen unter Umständen Privatbeamte, z. B. Rentbeamte, gleich zu behandeln sind, vergl. Seuffert's Archiv XIV.

Gesinde auch als zur Familie mit gehörend, der Hausherrschaft unterworfen betrachtet. In der strengen häuslichen Zucht des Hausvaters fand man auch ein mäßiges Züchtigungsrecht desselben gegen die Dienstboten im Mittelalter für begründet, wofür auch l. 13. §. 4. D. 19. 2. angeführt wird, an dessen Stelle h. z. T. [in der Hauptsache] Polizeigerichtsbarkeit und Polizeiordnungen getreten sind, welche das Verhältniß zwischen Dienstherrschaft und Dienstboten regeln, und welche denn auch meist zur Beantwortung folgender Fragen führen:

1) Was wird zum Abschluß des Gesindevertrags erfordert?
2) Welche Dienstzeit wird im Mangel besonderer Festsetzung als stillschweigend eingegangen betrachtet?
3) Kann der Dienstherr über die gemietheten Dienste auch zum Vortheil Anderer disponiren?
4) Welche Ursachen berechtigen die Dienstherrschaft, noch innerhalb der regelmäßigen Dienstzeit dem Dienstboten aufzukünden oder ihn gar zu entlassen?
5) In welchen Fällen ist der Dienstbote noch innerhalb der

No. 276. — Alle diese Verhältnisse können obligatorische Ausflüsse oder Elemente haben, sind aber nicht selbst Obligationen.

Uebereinstimmend mit dem Verf. in Betreff des Gesindes sind auch Maurenbrecher deut. Privatr. §. 533., Bluntschli deut. Privatr. §. 185., und Walter System §. 110., während Beseler System II. §. 126., v. Gerber System §. 181. und Wolff deut. Privatr. §. 156. No. 5. für das heutige gemeine Recht jede familienähnliche Gewaltsidee ablehnen. Dagegen ist zu erinnern, daß zwar eine bedeutende Abschwächung des Karakters der Familienhaftigkeit im Vergleich zu früheren Jahrhunderten wahrnehmbar ist, daß jedoch die Idee eines Autoritäts- und Gewaltverhältnisses nicht bloß dem volksthümlichen Rechtsbewußtseyn noch durchaus entspricht, sondern auch in der Natur der Sache, nämlich in dem Bande des häuslichen Zusammenlebens, in dem Wohnen des Untergebenen im eignen Hause des Herrn, dessen Hausordnung nicht gefährdet werden darf, begründet ist, sowie endlich daß die mancherlei hiermit zusammenhängenden Rechtsbestimmungen und Rechtsgewohnheiten (s. Walter System §. 112.) im beiderseitigen Interesse der Herren und auch der Untergebenen sind. — Ueber das Züchtigungsrecht sagt die Kön. Sächs. Gesindeordnung v. J. 1835 §. 51: „Scheltworte oder geringe thätliche Ahndungen, wozu das Gesinde der Herrschaft durch ungebührliches Betragen Veranlassung gegeben, begründen kein Strafverfahren und keinen Anspruch auf gerichtliche Genugthuung." Unter den Neueren nehmen jedoch auch Bluntschli a. a. O. und Walter System §. 111. an, daß selbst ein mäßiges körperliches Züchtigungsrecht gegen den Geist der neueren Zeit sey: mir scheint dieser Geist noch sehr problematisch; für ihn darf die etwa in den größeren Städten sich nen ankündigende Sitte nicht ohne Weiteres als Maaßstab angesehen werden.]

vertragsmäßigen Dienstzeit den Dienst zu verlassen berechtigt?

6) Inwiefern ist der Dienstherr schuldig, den durch seine Dienstleute Andern verursachten Schaden zu ersetzen?

7) Inwieweit wird der Dienstherr durch die von dem Dienstboten im Namen der Herrschaft mit Andern geschlossenen Verträge verpflichtet?

8) Was für Verbindlichkeit hat die Dienstherrschaft insbesondere im Fall der Erkrankung der Dienstboten?

9) Welchen Einfluß hat die den Dienstboten obliegende Pflicht der Ehrerbietung gegen die Dienstherrschaft auf gegenseitige Injurienfälle?

10) Inwieweit sind sie zum Ersatz eines verursachten Schadens verbunden?

11) Steht der Dienstherrschaft ein Züchtigungsrecht gegen die Dienstboten zu?

12) Welche Folge hat der Tod des einen oder des andern Theils?

Zu 1) Der Dienstvertrag kann zwar schon durch beiderseitige Einwilligung zum Abschluß kommen; die gewöhnliche Art der Vertragsschließung besteht indessen in einer Daraufgabe (arrha, Leikauf, Miethpfennig), welche weder der eine Theil revociren, noch der andere wider Willen des Gebers zurückgeben darf, und welche gewöhnlich am Lohn nicht in Aufrechnung kommt; s. Dorn de jure famulitio §. 12., Wolff deut. Privatr. §. 156. No. 4. Vermiethet der Dienstbote sich gleichzeitig an Mehrere, so geht die Herrschaft vor, von welcher er zuerst den Leikauf angenommen hat.

Zu 2) In Städten ¼ Jahr, auf dem Lande 1 Jahr; Dorn a. a. O. §. 14. 15., Preuß. Landr. Thl. II. tit. 5. §. 41., wo auch die gewöhnlich auf Observanz beruhende Kündigungszeit §. 111. bei städtischem Gesinde auf 6 Wochen und bei Landgesinde auf 3 Monate, bei monatweise gemietheten Dienstboten aber auf den 15ten jeden Monats festgesetzt ist, dem gemäß auch die stillschweigende Verlängerung im ersten Fall für ¼ Jahr, im zweiten Fall für ein Jahr und im dritten Fall für einen Monat gilt; §. 114. u. 115.

Zu 3) Der Dienstherr kann zwar dem Dienstboten wider seinen Willen keine andere Dienstherrschaft aufdringen, wohl aber, während er am Gebrauch der Dienste verhindert ist, dessen Dienste, während

er gleichwohl Dienstherr bleibt, einem Andern abtreten; Dorn a. a. O. pag. 49. — Dem Dienstherrn ist übrigens das Recht zuerkannt, von seinen Dienstleuten Zunftwaaren fertigen zu lassen, welche außerdem nur Zunftmitglieder zu fertigen berechtigt sind; s. Bülow u. Hagemann a. a. O. Thl. VII. S. 367., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. VII. S. 123.

Zu 4) Nach einer allgemeinen Gewohnheit, wenn der Dienstbote sich verheirathet;*) s. Mittermaier deutsch. Privatr. §. 294. (202.), Dorn a. a. O., Preuß. Landr. a. a. O. §. 146.; aus polizeilichen Gründen, wenn der Dienstbote eine ekelhafte Krankheit an sich hat, sich unzüchtig beträgt, den Kindern böses Beispiel gibt, wenn die Magd schwanger wird u. dergl ; Preuß. Landrecht a. a. O. §. 116—131., Dorn a. a. O., Struben rechtl. Bedenken Bd. V. no. 99., Kind Qu. for. T. II. cap. 49., v. Gerber, System §. 181.

Zu 5) In den Gesindeordnungen werden als gegründete Ursachen aufgestellt: Mißhandlungen von Seite der Herrschaft, unsittliche Zumuthungen, Veränderung des Wohnsitzes in das Ausland; s. Mittermaier a. a. O. Mehreres s. Preuß. Landr. a. a. O. §. 132—149.

Zu 6) Dritten Personen ist die Dienstherrschaft für den durch ihr Gesinde verursachten Schaden nur dann Ersatz schuldig, wenn das Gesinde im Auftrag der Dienstherrschaft handelte, wenn sie einem ihr als untauglich und unfähig bekannten Gesinde ein Geschäft anvertraute, oder ihm wissentlich Diensthandlungen zuließ, woraus der Dritte Schaden litt; s. Buddeus im R.-Lex. Bd. IV. S. 776. Von vorzüglicher Bedeutung ist der Fall, wenn durch eine von dem Domestiken in seinem Dienstgeschäft begangene Unvorsichtigkeit Feuer ausbricht, welches den Nachbar in Schaden versetzt; Leyser Sp. 47. Med. 9., Dorn a. a. O. S. 68.

Zu 7) Eine Haftungspflicht der Herrschaft für die von den Dienstboten im Namen derselben geschlossenen Verträge besteht nur, wenn nach den besonderen Umständen der Andere die Ermächtigung von Seite der Herrschaft anzunehmen befugt war, oder im Fall einer versio in rem; s. Mittermaier a. a. O. S. 61. §. 294. (202.); Walter System §. 114.

Zu 8) Im Dienstvertrag liegt die gegenseitige Verpflichtung der Dienstherrschaft, dem Gesinde Kost und Lohn und die ortsgebräuchlichen Gaben zu gewähren. Kleidung, wie bei Livreebedienten, ist gewöhnlich Gegenstand einer besonderen Uebereinkunft. Bei intempestiver Dienst-

*) Doch ist das altdeutsche Sprichwort: „wer freien will, muß erst ausdienen", dagegen s. Buddeus in Weiske's Rechtslexikon Bd. IV. S. 777.

entlassung dauert die Verbindlichkeit zu Kost und Lohn bis zum Ablauf der regelmäßigen Dienstzeit. Wenn der Dienstbote sich durch den Dienst oder bei Gelegenheit desselben eine Krankheit zugezogen hat, so liegt der Herrschaft ohne Zweifel dessen Cur und Verpflegung ob, ohne daß sie dafür etwas an dem Lohne kürzen darf. Außerdem ist sie blos verpflichtet, dafür zu sorgen, das der Erkrankte die öffentlichen Anstalten benützen könne. Wo dergleichen nicht bestehen, kann die Cur und Pflege der Dienstherrschaft keineswegs gemeinrechtlich, s. Struben rechtl. Bed. Bd. III. S. 69., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. VI. S. 205., Hagemann a. a. O., sondern nur etwa in Folge particularrechtlicher Verordnungen, auf welche sich Mittermaier a. a. O. §. 294. bezieht, oder wie das Preuß. Landr. a. a. O. §. 88. statuirt, nur dann angemuthet werden, wenn die kranken Dienstboten keine Verwandten in der Nähe haben, welche sich ihrer anzunehmen vermögend und gesetzlich verbunden sind. Daß dem Dienstboten bei vorübergehenden Krankheiten nichts am Lohne abgezogen werden dürfe, ist allgemein angenommen; s. Leyser Spec. 212. Med. 5., Weber v. d. natürl. Verbindl. S. 102., Glück Thl. XVII. S. 418.

Zu 9) Da das Gesinde seiner Brodherrschaft Gehorsam und Ehrerbietung schuldig ist, so kann, was als Ausbruch eines gerechten Zorns über ungebührliches Betragen zu entschuldigen ist, kein Gegenstand einer Klage auf Privatgenugthuung werden; s. Struben rechtl. Bedenken Bd. III. no. 39., Eichhorn a. a. O., Mittermaier a. a. O. Das Preuß. Landr. a. a. O. §. 77. bestimmt: „Reizt das Gesinde die Herrschaft zum Zorn, und wird in selbigem von ihr mit Scheltworten oder geringen Thätlichkeiten behandelt, so kann es dafür keine gerichtliche Genugthuung fordern." Injurien des Gesindes gegen die Brodherrschaft unterliegen arbiträren Strafen.

Zu 10) Für vorsätzlich grobe oder mäßige Schuld sind sie ersatzpflichtig; für geringe Versehen nur dann, wenn sie gegen den Befehl der Herrschaft gehandelt, oder ohne Auftrag ihnen nicht obliegende Geschäfte unternommen, oder sich zu Arbeiten, welche einen höheren Grad von Aufmerksamkeit erfordern, ausdrücklich vermiethet haben; Glück Thl. II. §. 121., Hagemann Handb. des Landwirthschaftsrechts §. 58.

Zu 11) Von vielen Rechtsgelehrten wird zwar diese Frage verneint; s. Mittermaier a. a. O., Bülow u. Hagemann pr. Erörter. Thl. IX. S. 97., von Andern werden leichte Züchtigungen als in der häuslichen Disciplinargewalt begründet erkannt; s. Dorn Gesinderecht §. 112., Glück Thl. II. S. 156. ꝛc., und auch in

mehreren Gesindeordnungen ausdrücklich gestattet; s. Buddeus im R.=Lex. Bd. IV. S. 775. Dem Lehrherrn gegen den Lehrling stehen sie unbestritten zu.

Zu 12) Stirbt die Herrschaft vor Ablauf der gewöhnlichen Aufkündigungsfrist, so sind die Erben dem Gesinde Kost und Lohn nur bis zum Ende des laufenden Quartals zu reichen verbunden; erfolgt der Todesfall nach Verlauf der Aufkündigungsfrist, und die Erben wollen das Gesinde nicht länger behalten, so müssen sie demselben außer der Kost und dem Lohne des laufenden, noch den Lohn für das folgende Vierteljahr, jedoch ohne Kost, vergüten. Stirbt der Dienstbote, so können seine Erben Lohn und Kostgeld nur so weit fordern, als selbiges nach Verhältniß der Zeit bis zum Krankenlager rückständig ist; Preuß. Landrecht a. a. O. §. 99—102., Dorn Gesinderecht S. 455.

Ex. E. F. M.

Druck von G. Kreysing in Leipzig.





